



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais FAJS.

JOSÉ WELLINGTON ROCHA DE OLIVEIRA

PRESCRIÇÃO COMO MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA: ARGUIÇÃO *EX OFFICIO* E O PREQUESTIONAMENTO PARA RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

Brasília

2014

JOSÉ WELLINGTON ROCHA DE OLIVEIRA

PRESCRIÇÃO COMO MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA: ARGUIÇÃO *EX OFFICIO* E O PREQUESTIONAMENTO PARA RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Orientador: Prof. Dr. João Ferreira Braga

Brasília

2014

JOSÉ WELLINGTON ROCHA DE OLIVEIRA

**PRESCRIÇÃO COMO MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA: *EX OFFÍCIO* E O
PREQUESTIONAMENTO PARA RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO
ESPECIAL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília —
UniCEUB

Orientador: Prof. Dr.João Ferreira Braga

Brasília, _____, _____, de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Prof. João Ferreira Braga, Dr.

Prof. Salomão Almeida Barbosa, Dr.

Prof. João Rezende, Dr.

Primeiramente, agradeço a Deus por ter me sustentado e feito com que eu chegasse até aqui. Em seguida, dedico este trabalho a minha família, em especial minha Avó Cleide, minha Mãe Márcia, minha Tia Elaine, meu Irmão Vinicius, minha madrinha Rosângela, a Michele, além de namorada, uma grande amiga. Por fim, dedico aos demais familiares, tios e tias, primos e primas, amigos de infância e afins. Além desses, e não menos importantes, ao meu avô Siqueira e meu Tio Marcos que hoje não estão mais entre nós, mas que me sinto lisonjeado em citá-los aqui, pois ficariam felizes em saber aonde cheguei e que ainda darei maiores voos. O apoio e estímulo desses foram essenciais não só para o encerramento com êxito das minhas atividades acadêmicas, mas também para que fossem concretizados todos os meus anseios e desejos, pois somente eles sabem o que passei para chegar até aqui. Quero pedir desculpas, àqueles que não citei, mas dizer que guardo-lhes em meu coração.

Dedico o presente trabalho, ao Prof. e Orientador João Ferreira Braga pelo dispêndio de tempo, atenção e auxílio no desenvolvimento deste projeto.

RESUMO

O trabalho monográfico como conclusão de curso tem como objetivo primordial, analisar a possibilidade do reconhecimento das matérias de ofício em sede de recurso extraordinário e especial, bem como refletir acerca do instituto da prescrição como norma de ordem pública. Desse modo, por meio de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legal, foi analisada, inicialmente, a forma de tratamento das questões de ordem pública no processo civil brasileiro atual e, respectivamente, suas peculiaridades. Na sequência foi feito o estudo da prescrição com afincamento em seus sucedâneos históricos interpretativos até os dias de hoje, na qual passou a ser tratada como questões de ordem pública, após mudanças introduzidas pela Lei nº 11.280.06, que permitiram ser possível a arguição de ofício pelo magistrado, e, por fim, no último capítulo foram analisados os recursos extraordinários e especiais, com foco na possibilidade ou não de conhecer das matérias de ordem pública por meio dos recursos excepcionais. De forma a esclarecer e sanar algumas dúvidas, a presente pesquisa detalhou as questões mais importantes referentes ao momento de arguição das questões de ordem pública, os recursos extraordinário e especial, como também seus requisitos de admissibilidade e posições acerca da possibilidade ou não de conhecer de ofício as questões de ordem pública nos tribunais superiores. Assim, em face das matérias demonstrarem bastante divergente, foram apresentadas posições doutrinárias e jurisprudências para tentar chegar a um consenso comum, de forma a demonstrar que o caminho mais adequado está a luz dos princípios da economia processual e do devido processo legal.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Questões de Ordem Pública. Prescrição. Recursos Excepcionais. Efeito Translativo. Prequestionamento. Conhecimento de Ofício.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA: FORMA DE TRATAMENTO PELO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	10
1.1 Questões de Ordem Pública material e processual.....	10
1.2 As questões de ordem pública e a tentativa de se estabelecer um conceito, à luz da doutrina especializada.....	18
1.3 A hermenêutica formada pelos tribunais, sobretudo pelo Superior Tribunal de Justiça.....	23
1.4 Espécies de questões de ordem pública: definição e constatação de uma doutrina ainda não harmonizada.....	24
<i>1.4.1 Direito indisponível e as questões de ordem pública: ideias favoráveis.....</i>	<i>24</i>
<i>1.4.2 Ideias Desfavoráveis.....</i>	<i>26</i>
1.5 A importância das questões de ordem pública para a consumação de um processo com substrato ético.....	33
1.6 Características.....	34
<i>1.6.1 Cognoscibilidade oficial.....</i>	<i>35</i>
<i>1.6.2 Tendência a não submissão ao regime comum de preclusão.....</i>	<i>38</i>
1.7 Anotações críticas ao tratamento dispensado às questões de ordem pública: necessidade de um repensar sobre o tema?.....	42
2 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.....	45
2.1 Breve histórico.....	45
<i>2.2.1 Diferença essencial de prescrição e decadência.....</i>	<i>48</i>
<i>2.2.2 Tentativa de um método científico para se estabelecer diferença entre prescrição e decadência.....</i>	<i>49</i>
2.3 Uma nova visão acerca da prescrição.....	52

2.3.1 <i>Prescrição antes e após a lei n. 11.280/06</i>	53
2.4 Prescrição como matéria de ordem pública	57
3 INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS E EXTRAORDINÁRIAS NA APLICAÇÃO DAS NORMAS DE ORDEM PÚBLICA	60
3.1 Dos recursos	65
3.2.1 <i>Do recurso especial e extraordinário</i>	65
3.2.2 <i>Do juízo de admissibilidade</i>	67
3.2.3 <i>Regularidade formal: prequestionamento</i>	68
3.2.4 <i>Do prequestionamento explícito, implícito e ficto</i>	72
3.2.5 <i>Da repercussão geral para os recursos extraordinários</i>	74
3.3 Dos efeitos recursais em sede de recurso extraordinário e recurso especial	75
3.3.1 <i>Dos efeitos translativos</i>	78.
3.3.2 <i>Dos efeitos translativos no recurso especial e extraordinário: possibilidade de conhecimento de ofício das questões de ordem pública</i>	81
CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar a possibilidade de conhecimento de ofício das questões de ordem pública em âmbito dos recursos especiais e extraordinários, conquanto a necessidade ou não da questão ter sido debatida nos tribunais inferiores, ou seja, verificar se há necessidade do prequestionamento, bem como analisar a prescrição à luz da moderna interpretação, com objetivo de buscar uma definição mais concreta de sua essência, no que diz respeito ser questão de ordem pública, diante da nova visão jurídica-política instituída pela Lei nº 11.280/06.

No primeiro capítulo, serão estudadas as definições das questões de ordem pública, fazendo alusão à prescrição como ramo dessa área. Detalhadamente, mas não de forma a esgotar seu estudo, será demonstrada a forma de tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil brasileiro. Em seguida, serão analisadas as espécies e as divisões feitas pela doutrina de cunho material e processual, a fim de que seja, à luz da doutrina e a jurisprudência, conceituadas de forma célere e eficiente para o sistema jurisdicional. O que se pretende demonstrar nesse capítulo é a importância das questões de ordem pública para a aplicação da tutela jurisdicional de forma a buscar sempre solução do conflito da melhor maneira.

No segundo capítulo, em face das grandes divergências e obscuridades, a intenção é buscar entender a prescrição como questão de ordem pública, devido ao fato da Lei nº 10.406/2002, Código Civil, limitar no tempo, tendo em vista a inércia do titular do direito, a possibilidade de se exigir uma obrigação não mais exigível. Serão analisadas as mudanças trazidas pela Lei nº 11.280/06, na qual se tornou possível a arguição da prescrição *ex officio* pelo magistrado, ao constatar sua existência.

Dessa forma, será feito um breve estudo da origem, história e tentativa de se estabelecer um método científico para entender a diferença entre prescrição e decadência. Por conseguinte, será estudada a possibilidade de arguição da prescrição a qualquer tempo e grau de jurisdição, não obstante a fragilidade desse entendimento.

Ademais, frente às desarmonias e interpretações errôneas acerca da arguição das questões de ordem pública “em qualquer momento ou grau de jurisdição”, se faz necessário o seu estudo e entendimento para poder chegar ao objetivo central do trabalho. Desse modo, tendo em vista pontos obscuros na jurisprudência e na doutrina acerca do caso, foram trazidos

a essa pesquisa diversos entendimentos sobre o assunto, a fim de serem sanados alguns pontos. Além disso, se tornou imperioso anotar a atual interpretação dos tribunais acerca do caso, nos quais entendem que as questões de ordem pública poderão apenas ser arguidas até o segundo grau de jurisdição.

Por fim, guiado pelas explicações doutrinárias, o objetivo do trabalho não foi esgotar todos os meios de pesquisa sobre o assunto, mas sim, de forma célere e perspicaz, evidenciar alguns aspectos referentes à possibilidade da aplicação dos efeitos translativos ao recurso Especial e Extraordinário, demonstrando a atual posição do Superior Tribunal de Justiça, que ainda não é pacífica, e a do Supremo Tribunal Federal, que já se encontra consolidada, fazendo alusão ao desencontro com o princípio da economia processual e a desconformidade com a celeridade processual.

1. AS QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA: FORMA DE TRATAMENTO PELO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

1.1 Questões de Ordem Pública material e processual

As normas de ordem pública material recebem tratamento diferenciado das questões de ordem pública processual, no plano do processo. Nas questões materiais o tratamento é de forma semelhante a qualquer outra questão legal trazida ao processo. Para essas, se cogitam a preclusão e a inviabilidade da possibilidade de serem revistas a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

Importante anotar que esses institutos são características inerentes às questões de ordem pública processual, nas quais não se aplicam a preclusão e a possibilidade de serem reexaminadas a qualquer tempo e grau de jurisdição é viável.

Tem-se como exemplo as normas de ordem pública material, as cláusulas contratuais abusivas previstas no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e as nulidades de negócio jurídico conforme art. 166 do Código Civil de 2002 (C.C). Há previsão nos referidos diplomas de que tais hipóteses são arguíveis *ex officio*, além de determinar que sejam nulas de pleno direito, no caso das normas do consumidor. Assim, por configurarem matéria de ordem pública, "significa que as partes não podem celebrar negócios que contenham aqueles conteúdos vedados por lei, que a interpretação destes contratos será sempre realizada visando o sistema de proteção do consumidor."¹

A violação à ordem pública pode ser alegada como fundamento do pedido das partes. Como essas violações pertencem à causa de pedir, o juiz poderá anular o ato jurídico ou declarar a ineficácia dos efeitos jurídicos pretendidos. Os valores éticos e sociais do sistema jurídico brasileiro vedam que atos viciados produzam seus efeitos, como exemplo, o art. 166, do C.C, o qual aduz que será nulo o ato jurídico nas hipóteses previstas neste dispositivo.² Não obstante, poderá o juiz conhecê-las de ofício, consoante o artigo 168, parágrafo único, do C.C, o qual assevera que as nulidades devem ser reconhecidas *ex officio*.³

¹APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 33.

²BRASIL, Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I- celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II- for ilícito, impossível ou indeterminável o seu

Ademais, em complemento, é possível verificar que os requisitos para fundamentação do pedido é matéria de ordem pública e que, portanto, deve ser conhecida de ofício pelo juiz, tendo em vista que, no plano material, a causa de pedir é conectada à validade do negócio jurídico e, no plano processual, é atrelada aos pressupostos processuais e às condições da ação.

O problema está em arguir de ofício as questões de ordem pública quando a causa de pedir está atrelada a outro fundamento que não seja de ordem pública, como no exemplo da anulabilidade do contrato por vício de consentimento e, posteriormente constatada a incapacidade absoluta de uma das partes. Neste caso, consoante o princípio da adstrição, a decisão deve ser estritamente julgada de acordo com os pedidos, não podendo o magistrado julgar além, aquém ou fora do pedido formulado. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que, no caso do negócio jurídico contratual, os requisitos de validade integram o objeto da causa como requisito para julgamento da ação, daí a possibilidade de verificação de ofício das causas de ordem pública, sem ofensa ao princípio da adstrição.⁴ Ainda não houve consenso em relação a essa hipótese entre a doutrina e a jurisprudência. Pois, para a doutrina, a ordem pública material está acoplada ao próprio negócio jurídico, ficando a espera de provocação das partes. Já no caso da ordem pública processual, as questões estão ligadas aos fatos internos do processo e tem ligação com a atividade jurisdicional, fato que condiciona a possibilidade de arguição sem a manifestação de vontade do interessado.

O sistema processual se preocupa com as normas de ordem pública material no sentido de “atribuir ao julgador a possibilidade de aplicar regra de direito diversa da que foi invocada.”⁵ Entretanto, os princípios da ampla defesa e do contraditório somente são respeitados se houver a delimitação do exercício jurisdicional, impedindo que se profira

objeto; III- o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV- não revestir a forma prescrita em lei; V- for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI- tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII- a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 mar 2014.

³BRASIL, Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. Art. 168. Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 mar 2014.

⁴BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 594.112/PR. Quarta Turma. Recorrente: IDÁRIO GASPARIN E CÔNJUGE. Recorrido: Thereza Stival Gasparin. Relator Min. Massami Uyeda. Brasília, 03, de março de 2008. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7076505/recurso-especial-resp-594112-pr-2003-0178158-9/inteiro-teor-12822306>>. Acesso em: 10 mai. 2014.

⁵APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 37.

pretensões não provocadas pelas partes, mesmo baseada em ordem pública ou em direitos indisponíveis. Pois, para Barbosa Moreira:

“Direito não exercitado, ainda que indisponível, é para o juiz de direito não contemplável na sentença. Nenhum juiz pode acrescentar na sua sentença uma disposição, uma determinação que não tenha sido incluída no pedido, a pretexto de que essa prestação, à qual se refere o mandamento sentencial, se fundava num direito indisponível. Se o autor não pediu, o juiz não pode conceder, e tampouco pode negar. A proibição de julgar fora do pedido não vale só para a decisão favorável, vale também para a decisão desfavorável.”⁶

Percebe-se que a resolução dos conflitos e os descontentamentos dependem da jurisdição espontânea das partes, uma vez que o Estado-juiz deve respeitar o princípio da inércia.

No campo material, não se aceita que o julgador inove ou profira pedido diverso do formulado, nem mesmo a ensejo das questões de ordem pública. Nesse sentido, Jose Roberto Bedaque:

“O pedido formulado e os motivos deduzidos pelo autor representam o âmbito de atuação do julgador. Não pode ele conceder mais ou menos diversa da pretendida, nem apresentar razões diferentes daquelas apresentadas. Se o fizer, dar-se-á o fenômeno do julgamento *ultra* ou *extra petita*, o que pode implicar nulidade de sentença.”⁷

Caso o juiz profira decisão de outra matéria que não contempla o pedido do autor dentro dos limites da demanda, estaria ferindo o princípio da adstrição, acoplados nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil (CPC), além do princípio da inércia e da correlação. Nesse caso, em regra, se fossem reconhecidas e aplicadas as normas de ordem pública de caráter material, tal atitude estaria violando as questões de ordem pública processual. Outrora, é insustentável a mesma comparação da ordem pública processual em relação à ordem pública material. Segundo Joaquim Spadoni, a declaração das questões de ordem pública processual não produz “em nenhum momento, julgamento mais amplo do que o pedido, justamente porque são todas elas, fundamentos do julgamento deste mesmo pedido.”⁸

⁶MOREIRA, José Carlos Barbosa apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 37.

⁷BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coordenadores), “*Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*”. São Paulo: RT, 2002. p.24-25.

⁸SPADONI, Joaquim Felipe. *Cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo e sua declaração judicial: alguns aspectos recursais*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.598-599.

Corroboram, nesse sentido, os artigos 303, inciso II, e 462 do CPC, que aduzem ser possível fazer novas alegações após a contestação quando competir ao juiz conhecer das novas alegações de ofício e, no mesmo arcabouço de entendimento, encontra-se a questão da ampla vedação ao juiz de proferir sentença de natureza diversa do pedido. Por essas razões que o conhecimento de ofício das questões de ordem pública está sujeito ao pedido de formulação feito pelas partes. No entanto, é imperioso notar que algumas normas de ordem pública material, como no caso do CDC, por possuir também um caráter de interesse social, prevalece o entendimento de que é possível reconhecer a nulidade de cláusulas abusivas mesmo que não integra o objeto da demanda, entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Todavia, a ordem pública processual se justifica pela possibilidade de ministrar a regularidade do exercício jurisdicional. Para essa finalidade, busca-se a jurisdição que "caracteriza-se pelos escopos que mediante seu exercício o Estado-juiz busca realizar notadamente o escopo social de pacificar as pessoas."⁹

Numa visão mais objetiva, a jurisdição se manifesta para decidir e impor decisões. Assim, para chegar a esse objetivo, a jurisdição é manifestada por meio do processo. O próprio sistema jurídico brasileiro impõe a necessidade de limitar a tutela jurisdicional, ou seja, restringir a busca da jurisdição para que seja aplicada apenas naquelas causas que preencham corretamente os requisitos para a análise do mérito, pois sua atenção consiste quando não houver vícios e irregularidades, ou seja, quando estiver em perfeita adequação. Segundo Cândido Dinamarco "as mais graves dessas limitações são aquelas que refletem razões de ordem pública pelas quais o Estado se nega a dar a tutela nega-se mesmo a examinar as razões das partes que a pretendam."¹⁰

Outrossim, a ordem pública processual tem o condão de assegurar de forma correta o processo, atuando em seu controle. No entanto, nenhum dos escopos da jurisdição, seja social, político ou jurídico, poderão ser alcançados pelo julgamento terminativo quando houver o reconhecimento das questões de ordem pública.¹¹

Afirma Aprigliano que "se a ordem pública, quando reconhecida, tem sido causa de extinção dos processos sem resolução de mérito, ou de retrocessos em seu

⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I, 4 ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 298

¹⁰*Ibidem*, 6 ed. V. III. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 128.

¹¹*Ibidem*, *Instrumentalidade do processo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 316-317

desenvolvimento, obtêm-se resultados francamente contraditórios”¹². Para Candido Dinamarco, o principal objetivo da tutela jurisdicional,

“consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada. Receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição.”¹³

É inegável que, devido à extinção anômala do processo, o reconhecimento da ordem pública mitiga o resultado do principal objetivo proposto pela tutela jurisdicional..

Sustenta Aprigliano que é um erro considerar as normas de ordem pública de grande relevância para o sistema jurídico a ponto de perfazer a extinção anômala em qualquer situação. A função dada às questões de ordem pública se contradiz entre sua finalidade e aplicação nos processos. A ordem pública de direito processual se forma no conjugado das regras técnicas concedidas pelo ordenamento para o devido desenvolvimento regular do processo, ou seja, para o controle do processo na correta aplicação da jurisdição. No entanto, esse controle deve ser tempestivo ou perderá a sua utilidade.¹⁴

O referido doutrinador critica a utilização da ordem pública em qualquer caso e argumenta que esse controle existe para retirar a aplicação da jurisdição de forma efetiva, rápida e econômica. Atualmente, devido ao fato de se fazer esse controle em qualquer situação, a jurisdição se transformou em motivo de grande insatisfação. Enaltece que a invocação da ordem pública se faz coerente apenas quando se alcança o objetivo da atividade jurisdicional.

É inegável a associação do interesse público na manifestação da ordem pública em qualquer área do direito, pois o interesse público é a alma das matérias de ordem pública processual.

No entanto, é possível distinguir o interesse público entre primário e secundário, sendo para este, os interesses associados ao da própria Administração e naquele ao da própria coletividade.

¹²APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 64.

¹³DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I, 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.104..

¹⁴Aprigliano sustenta que “há um grande equívoco considerar que as questões de ordem pública são de tal modo relevantes para o sistema que justificam a extinção excepcional dos processos, sem exame da relação material, em toda e qualquer situação. Tal modo de ver a função da ordem pública revela a contradição entre a sua finalidade precípua e a forma como vem sendo aplicada aos processos em geral”. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 65.

No interesse primário, a tutela do interesse da coletividade está acima do interesse da Administração. A ordem pública representa o interesse da coletividade e transcende aos interesses particulares das partes, constitui aspectos sociais, culturais e econômicos que o ordenamento jurídico brasileiro procurou proteger e conservar. Diogo Moreira Neto entende que interesse público é

“aquele que é posto sob a responsabilidade do Estado e como finalidade da sua ação, não é outro senão, em síntese, o interesse geral da sociedade, ou, preferindo-se, o bem comum, que, em sua acepção metajurídica, será inspiradora da ação política, que o definirá, discriminadamente, no Direito, para cada sociedade e para cada tempo.”¹⁵

Em geral, o Estado-juiz busca alcançar seu objetivo, associado ao interesse público, por meio do exercício jurisdicional, eliminando vícios e conflitos consoantes alguns critérios. Entende Heitor Vitor Sica que, "as normas processuais atuam, sempre, no interesse público existente em torno da solução mais rápida, justa e eficiente do litígio."¹⁶

O controle das questões de ordem pública visa aos objetivos da própria atividade jurisdicional, devendo ser realizado de forma econômica, efetiva, tempestiva e rápida, em busca da pacificação entre as partes, razões em que o interesse público será atingido. Daí o sentido de que o interesse público é a base da ordem pública.

As matérias de ordem pública no âmbito processual permitem o uso efetivo e adequado (quando seu objetivo é atingido) da atividade jurisdicional. O uso desse instrumento está atrelado ao princípio da instrumentalidade que está ligado aos artigos 154 e 244 do CPC, no qual disciplinam que as nulidades somente deverão ser decretadas se houver prejuízo devido a atos irregulares. Nesse sentido, também o artigo 249, § 2º, do CPC, o qual aduz que o juiz não pronunciará a nulidade "quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade", devendo a mesma regra ser aplicado em todas as questões de ordem pública, a fim de mitigar os equívocos argumentos de que o conhecimento das questões de ordem pública não alcança o objetivo final da tutela jurisdicional.

Destarte, importante frisar que é inegável o dever do magistrado em observar o princípio do contraditório nas questões relativas à arguição *ex officio*. No direito comparado, pode-se observar que, em vários países, existe determinação legal exigindo ao juiz a intimação das partes. Muito embora no sistema brasileiro não haja norma prevendo isso, não é

¹⁵MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 67.

¹⁶SICA, Heitor Vitor Mendonça apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 67.

diferente. Entretanto, na prática, não é o que se verifica. Esse requisito não é observado, sendo desprezadas, portanto, as garantias fundamentais do contraditório, que por si só já impediriam o devido processo legal.

O fator mais importante que confere legitimidade à decisão do magistrado é a observância da regra do contraditório, a qual permite às partes a plena participação do devido processo legal, tendo em vista que é dever do magistrado informar as partes sobre qualquer aspecto ainda não suscitado por nenhum delas. De acordo com Dinamarco:

“O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo com o juiz: não basta que tenham a faculdade de ampla participação, é preciso que também este participe intensamente, respondendo adequadamente aos pedidos e requerimentos das partes, fundamentando decisões e evitando surpreendê-las com decisões de ofício inesperadas.”¹⁷

O princípio do contraditório se compreende na ação e na contestação, que segundo Arruda Alvim,

“baseiam-se num mesmo interesse substancial: o autor pretende que o réu seja submetido ao seu interesse, que é por ele definido como jurídico, e o réu, contrariamente, deseja que seu interesse não sucumba, por causa da prevalência daquele do autor.”¹⁸

Tais fatos corroboram com o fim proposto pela tutela jurisdicional. Aduz Antônio Cabral que:

“o contraditório moderno, compreendido como faculdade de influir, condicionar reflexivamente a decisão, exige que a solução da causa seja fruto de cada específico debate, e não de pré-compreensões ou opiniões jurídicas de que o juiz seja portador antes do processo.”¹⁹

Salienta-se que, caso não fosse observado o contraditório nas questões de ordem pública arguíveis *ex officio*, o processo se tornaria uma emboscada para as partes, as quais seriam pegadas de surpresa por uma decisão que estaria impedindo o exercício do seu direito fundamental mínimo, o contraditório, para a garantia do devido processo legal. Paulo Lucon argumenta que:

“é preciso por fim, definitivamente, ao processo civil de armadilhas, no qual o julgador surpreende a parte com decisão terminativa a respeito de matéria sobre a

¹⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 285

¹⁸ARRUDA, Alvim. *Manual de direito processual civil*, 16 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p. 819.

¹⁹CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 239.

qual não se desenvolveu um mínimo de contraditório, violando o preceito constitucional constante do inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal.”²⁰

Aprigliano critica o fato de que na doutrina não se encontram argumentos de que é um dever do juiz informar as partes sobre questões não suscitadas por nenhuma delas para que possam promover o contraditório. Segundo o autor:

“Parece prevalecer o senso comum de que a ordem pública processual é de tal forma relevante e importante que o juiz, diante de tais questões, deve decidir desde logo, de ofício, o que se interpreta como "sem perguntar pra ninguém.”²¹

Assevera, por fim, que essa forma de atuar e refletir estão completamente errados.

A doutrina contemporânea vem trazendo a necessidade dessa mudança, perfazendo o contraditório e limitando a máxima *iura novit curia*. Isso contextualiza o dever do Estado-juiz em ouvir as partes envolvidas previamente, mesmo naquelas matérias conhecíveis *ex officio*.

Certo é que o juiz tem o dever de ser imparcial, mas é um erro ser indiferente, sustentam alguns autores. Tem razão de ser esse argumento devido ao fato de que ao juiz é imprescindível a busca do objetivo fim da tutela jurisdicional. Deve-se buscar ao menos o mínimo de interferência das partes no resultado do litígio, bastando para elas o contraditório.

O diálogo entre as partes e o juiz deve ser respeitado para que o papel da justiça seja feito. Certifica Carlos Alberto de Oliveira que,

“não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça.”²²

E continua,

“[...] o diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento e opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.”²³

²⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 72.

²¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 73

²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 73-74.

²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 73-74.

O que se busca diante desses fatos é que se tenha uma nova visão acerca do prejulgamento feito pelo magistrado ao não permitir as partes o contraditório. O princípio da economia processual, base norteadora da possibilidade de arguição *ex officio* das normas de ordem pública, tem como objetivo a busca do melhor resultado com o mínimo de atos processuais, mas, para isso deve ser estabelecido o mínimo de diálogo entre os coligados no processo, ou seja, entre o juiz e as partes para que se possa chegar a um resultado adequado, sem, com isso, violar qualquer princípio constitucional. Pois, o objetivo fim da tutela jurisdicional deve ser buscado em primeiro lugar.

Ademais, o projeto do novo Código de Processo Civil, no artigo 10, cuida de reforçar e prevê a devida necessidade do contraditório nas matérias argúveis de ofício, ainda que não suscitada pelas partes. Isso faz com que seja necessária a adaptação da doutrina na visão moderna que traz o novo código.

No entanto, é inegável que mesmo antes dessa instituição, o juiz já tinha o dever de proporcionar às partes o contraditório tendo em vista a necessidade do diálogo entre às partes e o juiz, para se chegar ao resultado mais adequado no processo sem que com isso venha ferir qualquer princípio fundamental.

1.2 As questões de ordem pública e a tentativa de se estabelecer um conceito, à luz da doutrina especializada

A atividade jurisdicional do Estado tem como essência o dever de sempre que possível buscar a efetivação do direito material em busca da resolução do litígio. O objeto instrumental do processo é visto como utensílio técnico para buscar essa realização. Nesse contexto, são introduzidas as questões de ordem pública, as quais ao decidir o litígio, criam a extinção processual anômala, sem análise do mérito da causa. No entanto, sabe-se que não são todas as questões de ordem pública que levam à extinção do processo, tal como no caso da competência absoluta.²⁴

Assim, no entendimento de Cândido Dinamarco,

“[...] a extinção ordinária é efeito da realização dos objetivos do processo; a anômala, uma frustração. É como a morte do ser humano. Já velho e havendo

²⁴APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.p. 1-2.

realizado seus propósitos de vida, a morte é uma inerência desta. Mas a morte do jovem frustra expectativas.”²⁵

Conquanto a sistemática das questões de ordem pública, esse tema ainda é fruto de pouca pesquisa e estudo, tornando-se o assunto mais complexo diante da interpretação errônea e distorcida que se tem atualmente.

A função jurisdicional tem como essência a aplicação do direito material em busca da justiça e pacificação do litígio. Mas na prática o resultado pode ser inverso.

A questão de ordem pública deve ter como finalidade o controle da regularidade do processo para alcançar seus objetivos, sendo justificável a sua aplicação apenas em casos excepcionais.

Diante da controvérsia na interpretação dada às questões de ordem pública, não se deve afastar o papel jurisprudencial para definir esses institutos. Contudo, frisa-se que os tribunais brasileiros ainda não se entenderam de forma pacificada sobre esse assunto, distorcendo os requisitos para o alcance do julgamento do mérito.

Entretanto, a extinção do processo de forma anômala acaba sendo necessária perante a atual cultura de judicialização de toda e qualquer questão, para que a atividade jurisdicional se realize apenas quando efetivamente necessária. Em nome da economicidade e, em atenção à efetividade jurisdicional, o Estado coexiste com a possibilidade excepcional de não decidir os litígios da forma como deveria ser. O problema é que, nesse contexto, a questão de ordem pública não impede o desperdício da atividade jurisdicional, por não pacificar as partes. Para Ricardo Aprigliano, “a ordem pública, portanto, não pode servir como entrave a este fim, mas, ao contrário, deve ser vista e interpretada como uma técnica para atingi-lo”.²⁶

A efetivação da atividade jurisdicional deve ser realizada de forma a alcançar seus objetivos na conciliação e pacificação das partes, de modo a buscar a aplicação do direito material na solução dos litígios mediante julgamento de mérito. De fato, o conceito de ordem pública tem um caráter universal, como José Augusto Delgado aduz, “ela sempre diz respeito a tudo quanto se considera como indispensável à manutenção da ordem social”.²⁷ Mas é necessário fazer algumas distinções na sua aplicação em cada ramo do direito, pois, o seu

²⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v.II, 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p.629.

²⁶APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 4.

²⁷DELGADO, José Augusto. apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p.5.

conceito e consequências podem mudar o aspecto em vista de cada disciplina, podendo ter características e regras diferentes.

Aqui, destaca-se o tratamento das questões de ordem pública na legislação processual – CPC, diante da habitualidade de mencionar os poderes *ex officio* do juiz como sinônimo de matérias de ordem pública. Importa salientar que o CPC não faz distinção do que seria matéria de ordem pública, como no caso do Código Civil em que há uma direção no seu sentido.

Pode-se afirmar que tal instituto tem o conceito, em regra, de “interesse público”. As questões de ordem pública transcendem aos zelos das partes. Segundo Guillermo Borda,

“Uma questão é de ordem pública, quando responde a um interesse geral, coletivo, em oposição às questões de ordem privada, nas que somente se joga um interesse particular. Por isso, as leis de ordem pública são irrenunciáveis, imperativas; pelo contrário, as de ordem privada são renunciáveis, permissivas, conferem aos interessados a possibilidade de se apartar de suas disposições e substituí-la por outras.”²⁸

Ademais, a problemática está em definir o conceito de ordem pública haja vista que algumas características típicas conferidas às questões no direito processual, tais como possibilidade de arguição *ex officio*, não preclusão da matéria e possibilidade de ser examinado em qualquer tempo ou grau de jurisdição, é difícil atribuição a outras disciplinas.

Para Ricardo Aprigliano, “é necessário compatibilizar a ordem pública de direito material com os princípios do processo”²⁹. Porquanto, o “acesso aos órgãos da jurisdição fica entregue ao poder dispositivo do interessado, prevalecendo à regra da inércia até mesmo no tocante a direitos indisponíveis”.³⁰

Na mesma linha de entendimento do autor, “a característica de atribuir apenas aos titulares de interesse a liberdade de buscar ou não a proteção jurisdicional, decorre da constatação de que o Estado paternalista é incompatível com a democracia”. Assim, de acordo com Ada Pellegrini Grinover,

“[...] depois de instaurado pela parte, o processo segue normas e é conduzido independentemente da vontade das partes, de modo a assegurar o desenvolvimento da função jurisdicional. Por isso, a instrução da causa não é somente ou totalmente

²⁸BORDA, Guillermo apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 7.

²⁹APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.p.7.

³⁰CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros. 1997.p. 133.

deixada à iniciativa das partes (o processo se instaura por iniciativa da parte esse desenvolve por impulso oficial).”³¹

Por isso que, no direito material, a ordem pública é agregada a outras qualidades, tendo como escopo atingir outros objetivos relacionados à limitação da autonomia da vontade, restringindo a liberdade das partes. Essa limitação se aplica a regras particulares e à designação jurídica de determinados negócios.

Desse modo, a ordem pública, ao constituir um limitador da autonomia da vontade, é renunciada diante da eficácia dominadora da lei.

“Assim é que as leis de ordem pública impedem que a vontade produza efeitos jurídicos contrários às suas prescrições. A alienação perpétua da liberdade pessoal e outros atos semelhantes não podem ser praticados no Brasil.”³²

É nítida a distinção das consequências da violação à ordem pública da matéria processual em face da material, tendo em vista que nesta o interesse tutelado é a boa-fé da autonomia das partes nas negociações e naquela a tutela será acoplada à abrangência de certas matérias tendo em vista que são mais importantes e críticas para o sistema. Assim, percebe-se que as questões de ordem pública processual seriam aquelas cujo sentido vai além do interesse das partes, envolvendo o interesse da sociedade com um todo.

As normas processuais não são somente consideradas de natureza pública visando apenas aos interesses do Estado e da sociedade, pois, existem normas de caráter processual e material que possuem as mesmas características, de interesse do Estado e da sociedade. “A ordem pública não se relaciona com caráter eminentemente publicístico do processo, mas sim a questões cujo interesse ultrapassa o mero interesse das partes”.³³ São, portanto, matérias decorrentes de princípios sociais e políticos que interessam ao Estado e à sociedade como um todo, vigentes em um determinado momento histórico.

No CPC, algumas indicações são feitas referentes às questões de ordem pública. Um exemplo disso está no artigo 267,§3º, o qual confere ao juiz poder de conhecer de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, as matérias correlatas nos incisos IV, V e VI do mesmo dispositivo, hipóteses nas quais levariam a extinção do processo sem analisar o mérito.

³¹GRINOVER, Ada Pellegrini apud APRIGLIANO, Op. Cit.

³²STRENGER, Irineu. apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.p. 8.

³³PARENTE, Eduardo de Albuquerque apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.p. 10.

A doutrina adverte não serem somente as hipóteses do artigo 267 e 301 do CPC as questões de ordem pública. Diante dessa dificuldade de definição de qual norma processual seria ou não de ordem pública, Dinamarco utiliza um critério geral para tanto, aduzindo que:

“São de ordem pública as normas destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes.”³⁴

Assim, o entendimento dado às questões de ordem pública processual é que estas transcendem no fato da possibilidade de conhecimento de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Segundo Ricardo Aprigliano, “pode-se afirmar que os objetivos da ordem pública processual estão relacionados à missão e à função jurisdicional do Estado”.³⁵ Portanto, conclui-se que os valores que direcionam a ordem pública são retirados das sociedades em cada determinado momento histórico, por motivos que variam de acordo com o tempo, momento, século ou década.

A dificuldade de conceituar a questão de ordem pública está atrelada às diferenças das características nas diversas áreas do direito, principalmente no direito material e no processual, os quais têm aspectos distintos.

Desse modo, por se tratar ainda de um conceito não pacificado, ao se estudar a historicidade, destaca-se aqui em uma visão mais geral e ampla que matéria de ordem pública seria ir além do interesse das partes, uma proteção dos interesses coletivos como um todo. Seria um sinônimo de convivência em ordem, segura, equilibrada e tranquila, isto é, normal.

O Novo Dicionário Aurélio direciona a ordem pública como o:

“Conjunto de instituições e preceitos cogentes destinados a manter o bom funcionamento dos serviços públicos, a segurança e a moralidade das relações entre particulares, e cuja aplicação não pode, em princípio, ser objeto de acordo ou convenção.”³⁶

Portanto, ordem pública é uma inspiração ideológica como princípio norteador do sistema democrático que visa à paz social e à tranquilidade jurídica-pública social, a qual traz um viés de legalidade, a fim de assegurar que o interesse público prevaleça sobre o privado.

³⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I, 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.69.

³⁵APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.p. 12.

³⁶FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p.1004.

1.3 A hermenêutica formada pelos tribunais, sobretudo pelo Superior Tribunal de Justiça

No que se refere ao tema acerca das matérias de ordem pública em relação a hermenêutica formada pelos tribunais superiores, cumpre constatar que tem sido matéria de grandes discussões e polêmicas.

Anota-se que existem três correntes jurisprudências sobre a possibilidade de arguição *ex officio* e o reconhecimento das questões de ordem pública em sede de recursos excepcionais que serão estudadas no último capítulo.

Em alusão a alguns julgados tem-se o entendimento de que não pode ser feita no Superior Tribunal de Justiça tampouco no Superior Tribunal Federal a análise da matéria de ordem pública *ex officio*, sem a matéria ter sido anteriormente discutida. O fundamento utilizado foi o de que é imprescindível, ou seja, de que deve ser preenchido em qualquer hipótese o requisito de prequestionamento, não havendo exceções para tanto.³⁷

Outrossim, não há dúvida de que atualmente o posicionamento majoritário do STF é de que tais questões prescindem de prequestionamento. Contudo, no âmbito do STJ ainda não há uma definição exata da necessidade de prequestionamento quanto às questões de ordem pública, razão pela qual ainda não existe uma posição padronizada.

Por conseguinte, diante desse dilema, há alguns entendimentos no sentido de que as questões de ordem pública não necessitam de prequestionamento, conforme entendimento de algumas turmas do STJ.³⁸ À luz desse entendimento, o ex Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux,

“as matérias de ordem pública, como sói ser a coisa julgada, conquanto cognoscíveis de ofício pelo juiz ou Tribunal em qualquer tempo ou grau de jurisdição (267, § 3º, do CPC), carecem de prequestionamento em sede de Recurso Especial.”³⁹

³⁷BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento no Agravo Regimental. *AI-AgR 633188/MG*. Primeira Turma. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Agravado: Isabella Silva Oliveira e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília. 02, de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/755795/agregno-agr-633188-mg>>. Acesso em: 20 de mai. de 2014.

³⁸Katia Aparecida retrata em seu livro alguns posicionamentos das turmas do STJ. MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Publica no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. Coleção Direito e Processo, técnicas de direito processual, Coordenação BUENO, Cassio Scarpinella. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 163.

³⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial. *AgRg nos EDcl no REsp: 90741/PR*. Primeira Turma. Recorrente: GPM Empreendimentos Imobiliários S/A e outro. Recorrido: Município de Colombo. Relator: Min. LUIZ FUX. Brasília. 10, de março de 2009. Disponível em: <www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4029184/agr-633188-mg>.

Não menos importante, tem-se o entendimento de algumas turmas de que superada a fase do juízo de admissibilidade, por outros fundamentos, o efeito devolutivo e translativo é alcançado, razões em que seria possível a análise das questões de ordem pública.⁴⁰

Por fim, importante salientar que o entendimento majoritário que prevalece hoje no Superior Tribunal de Justiça é de que necessita do prequestionamento para que possam ser analisadas as matérias de ordem pública, seguindo assim o mesmo entendimento do STF.

1.4 Espécies de questões de ordem pública: definição e constatação de uma doutrina ainda não harmonizada.

1.4.1 Direito indisponível e as questões de ordem pública: ideias favoráveis.

Como já explicado no tópico anterior, o conceito desse instituto está atrelado as diferentes espécies de ordem pública nas diversas interpretações dadas em cada disciplina. É necessário fazer algumas distinções na sua aplicação, pois cada espécie pode ter características, aspectos e regras diferentes com consequências distintas, razão pela qual é imprescindível definir seus horizontes.

A ordem pública está acoplada em diversas espécies, bem como no direito material, processual e internacional – arbitragem. No entanto, nesse momento, se dará maior enfoque no direito material e processual. Assim, muito embora as características de cada espécie em cada ramo destes não estejam interligadas, seria necessário compatibilizar as espécies de ordem pública de direito material com os princípios processuais.

No direito material, a ordem pública é agregada a outras características a qual tem como finalidade atingir outros objetivos atrelados à limitação da autonomia da vontade, restringindo as partes quanto a sua liberdade. Essa limitação se aplica a preceitos particulares e à designação jurídica de determinados interesses. Desse modo, a ordem pública material, ao

declaracao-no-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-resp-907417-pr-2006-0266312-6>. Acesso em: 20 de mai. de 2014.

⁴⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp* 765.970/RS. Segunda Turma. Recorrente: Empresa Pública de Transporte e Circulação S/A EPTC. Recorrido: João Otávio Silveira de Abreu. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília. 17 de setembro de 2009. Disponível em: < www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6029800/recurso-especial-resp-765970-rs-2005-0113728-8/inteiro-teor-12157267>. Acesso em: 21 de mai. de 2014.

limitar a autonomia da vontade, mitiga os interesses individuais por serem renunciados diante da força dominadora da lei. Aqui, o interesse tutelado será a boa-fé na autonomia das partes nas negociações. Exemplo, do C.C, no artigo 422 o qual dispõe que as partes são obrigadas a guardar, na realização dos contratos, os princípios de probidade e da boa-fé.⁴¹

O princípio que vigora no direito material é a livre autonomia da vontade das partes, adquirindo livremente direitos e obrigações. Entretanto, tal liberdade encontra limite ao ser confrontada com princípios de caráter obrigatório, contidos nas leis.

Na doutrina muito se discute acerca das leis imperativas e cogentes as quais tem como objetivo de atender ao interesse geral e limitar a autonomia das partes. Nesse diapasão convém mencionar que as leis imperativas, segundo Ricardo Aprigliano “limitam e condicionam o domínio da autonomia da vontade” e continua afirmando que tais leis “representam uma limitação à liberdade de contratar, impõem restrições às partes no que toca à disponibilidade de seus direitos.”⁴²

Não obstante, Silvio Rodrigues leciona que:

“Norma cogente é aquela que por atender mais diretamente ao interesse geral não pode ser alterada pela convenção entre os particulares. São preceitos que interessem diretamente à ordem pública, à organização social, e que por isso o legislador não transige em que se suspenda sua eficácia. As partes não podem, através de convenção, ilidir a incidência de uma norma cogente.”⁴³

Dentre elas, algumas merecem uma atenção diferenciada, pois são mais exprobras e significativas para o sistema jurídico, no alcance da tutela de interesses que se sobrepõe aos interesses das partes contratuais. Nas palavras de Aprigliano:

“Tais interesses, porque envolvem aspectos sociais, morais, econômicos e até religiosos de uma determinada sociedade, acabam sendo considerados de especial importância e repercussão. Sempre que se identifica esta relevância sobre determinadas relações jurídicas, se está diante de normas de ordem pública.”⁴⁴

Embora existam limitações, a autonomia das partes relaciona-se aos direitos disponíveis ou patrimoniais. Nesse sentido, conclui-se que os direitos indisponíveis não admitem essa liberdade de autonomia, tendo em vista que, em regra, não são passíveis de

⁴¹BRASIL, Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 mai 2014.

⁴²APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011.p. 16.

⁴³RODRIGUES, Silvio apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 17.

⁴⁴APRIGLIANO, Op. Cit. p. 17.

qualquer disposição ou transação. Em consonância com a ordem pública, os direitos indisponíveis correlacionam no sentido de retratar o interesse público por não poderem ser negociáveis, como exemplo: o direito de filiação, de paternidade e de personalidade.

1.4.2 Ideias desfavoráveis.

Entretanto, há exceção, no sentido de que, os componentes patrimoniais dentro do direito indisponível podem ser disponíveis e ensejar a transação e a disposição, por exemplo, a transação ou renúncia de verba indenizatória no caso de verbas trabalhistas. Como se sabe, os direitos trabalhistas são indisponíveis, mas, neste caso, pode a parte abrir mão do seu direito patrimonial quando transacionado em audiência. Diante disso, segundo Aprigliano, “a ordem pública não é incompatível com a disponibilidade sobre certos aspectos do direito, nem com renúncia ou transação”.⁴⁵

Assegura o referido autor que:

“As leis de ordem pública de direito material importam, de fato, em restrições à liberdade das partes, impõem padrões de comportamento, prescrevem a nulidade dos atos praticados em sua violação, mas não implicam absoluta indisponibilidade sobre o direito.”⁴⁶

Percebe-se, dentro desse contexto, que é equivocado o entendimento de que a ordem pública é sempre indisponível, tendo em vista que existem casos de caráter econômico que podem ser transacionados, mesmo sendo de ordem pública.

Ademais, são de fácil acesso no C.C normas que se referem à ordem pública. Nota-se que estas são preceitos das “regras que se referem às bases econômicas e sociais da vida social, as regras de organização e utilização da propriedade, proteção à personalidade”.⁴⁷ Destacam-se no C.C as normas que asseguram a função social da propriedade e dos contratos no caso de contrariar preceitos deste Código (art. 2035), as normas acerca da decadência legal (art. 210), dentre outras.

⁴⁵ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 19.

⁴⁶ Ibidem. p. 21

⁴⁷ CAMONA, Carlos Alberto apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 27.

Para Aprigliano, “o que determina a natureza de ordem pública não é o tipo de matéria tratada pela norma, ou sua hierarquia, mas o seu conteúdo específico, que deve ser comparado aos valores fundamentais da sociedade, em determinado tempo e lugar”.⁴⁸

Além disso, o CPC indica algumas questões de ordem pública de direito processual existentes no sistema jurídico brasileiro. O maior exemplo está no artigo 267, incisos IV, V e VI, e § 3º, que permite ao juiz conhecê-las de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição. Contudo, tais hipóteses são no sentido de sentença terminativa, ou seja, sem análise do mérito, por faltar pressupostos processuais ou condições da ação.⁴⁹ Nesse caminhar, assevera Araken de Assis que também “o conjunto dos requisitos de qualquer recurso representa matéria de ordem pública. Por conseguinte, é lícito seu conhecimento, *ex officio*, pelo órgão judiciário, a qualquer tempo”.⁵⁰

Diante de todo o contexto, entende-se que a ordem pública processual transcende no fato da possibilidade de conhecimento de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, por estar relacionado à missão e a cargo jurisdicional do Estado.⁵¹

De acordo com as alusões trazidas no CPC, pode-se entender que as questões de ordem pública processual, consoante a doutrina, nos dizeres de Aprigliano são:

“[...] pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, condições da ação, requisitos de regularidade do processo e do procedimento, inexistência de pressupostos negativos, como a coisa julgada, perempção e a litispendência.”⁵²

Contudo, a doutrina põe a salvo não serem apenas as questões de ordem pública processual as referidas nos artigos 13, inciso I, 47, parágrafo único, 267 e 265, §2º, e 301 do CPC, bem como os pressupostos recursais.

Assim, nas palavras de Eliane Quintella:

“Segundo compreendemos, as matérias de ordem pública processuais são aquelas a que, em razão do interesse de alta relevância pública e social que as envolve, são

⁴⁸ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 30

⁴⁹ Nestas hipóteses o juiz somente poderá conhecê-las de ofício enquanto ainda não proferida sentença de mérito. Contudo, o Projeto do Novo Código Processo Civil admite a arguição de tais matérias, de ofício, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

⁵⁰ ASSIS, Araken de. *Condições de admissibilidade dos recursos cíveis*. In: Nery Júnior, Nelson; Alvim, Teresa Arruda (coord.). Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.13.

⁵¹ Imperioso anotar que o principal objetivo da prestação jurisdicional é a busca da pacificação entre as partes, a fim de resolver o litígio de uma vez por todas.

⁵² APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 11-12.

atribuídas especiais características (cogência, obrigatoriedade e império), que resultam, processualmente, na possibilidade de conhecimento de ofício pelo juiz, na não sujeição à preclusão, e na implicação de vício ou sanção para a hipótese de desrespeito.”⁵³

As principais características e consequências das normas de ordem pública no âmbito processual, segundo Aprigliano, são: “a possibilidade de exame de ofício; a ausência de preclusão da matéria e a possibilidade de seu exame em qualquer tempo ou grau de jurisdição”.⁵⁴

Tais normas tutelam a abrangência de certas matérias por serem mais importantes e críticas para o sistema, pois, transcendem aos interesses das partes, envolvendo o interesse da sociedade com um todo.

Como já se sabe, as questões de ordem pública têm o escopo de harmonizar e controlar a regularidade do processo. No tratamento da ordem pública processual, o seu objetivo “é permitir que os escopos do processo sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade.”⁵⁵

O tema central das ordens públicas processuais são as condições da ação e os pressupostos processuais por reunirem os requisitos necessários para o alcance da resolução de mérito. Ao preencher os pressupostos processuais, o processo se desenvolve regularmente para receber uma decisão final de mérito. Devido a sua característica de exame em qualquer tempo ou grau de jurisdição, Paulo Henrique dos Santos Lucon enfatiza que:

“No caso das matérias de ordem pública, como aquelas relativas às condições da ação e aos pressupostos processuais, o interesse é do próprio Estado em declarar que não há disposição de exercer a função jurisdicional. As normas que disciplinam essas matérias, por serem cogentes, independem da vontade das partes em conflito para serem aplicadas. No processo de execução, assim como no processo de conhecimento, o juiz deverá conhecê-las a qualquer tempo e de ofício, independentemente da oposição de embargos do executado ou de sua manifestação no processo executivo.”⁵⁶

Salienta-se que serão analisadas, a seguir, três modalidades de ordem pública processual, quais sejam: as condições da ação, os pressupostos processuais e os pressupostos recursais.

⁵³QUINTELLA, Eliane Proscurcin apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 13.

⁵⁴APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 13.

⁵⁵Ibidem, p. 75

⁵⁶LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 161-162

Importa destacar que as condições da ação é tema de grande complexidade e grandes polêmicas no mundo doutrinário. O CPC teve grande influência dos pensamentos de Liebman que contemplou, no início, três espécies de condições da ação. Logo após, Liebman mudou seu pensamento considerando serem apenas duas as espécies: legitimação e interesse de agir. Ilustra-se que o Projeto do novo Código Processual acolhe esta posição.⁵⁷

Na moderna interpretação da teoria da ação, acredita-se que a possibilidade não alcança ao ponto de ilidir a parte do seu direito de ação. Dessa forma, não se faz necessária a existência do direito material, mas deve existir um contexto mínimo que possibilite ao juiz que se manifeste sobre o mérito. Para o autor, as condições da ação seriam as condições essenciais de admissibilidade para que a atividade jurisdicional julgue o pedido proposto pelo autor. Outrora, essa teoria foi criticada por alguns doutrinadores de peso, pois esses argumentos não explicariam o caráter jurídico do ato que aniquila o processo por carência.

Ademais, entende-se que a sentença produzida nos termos dessas espécies é capaz de originar a coisa julgada, nas mesmas condições da coisa julgada material, razão pela qual, embora trouxesse a evolução processual, se revela prejudicial ao processo civil.

Destaca-se que o sistema jurídico brasileiro não adotou por completo as teorias das condições da ação, tendo em vista que a atividade jurisdicional é exercida não apenas nas resoluções do mérito, mas também nos casos em que se recusa a examiná-lo, pois, em ambos os casos a jurisdição é desempenhada. O desenvolvimento da teoria das condições da ação está atrelado à economia processual. Busca-se evitar o prolongamento do processo pelo uso errático do direito de ação. O acoplamento jurisdicional somente é justificável caso tenha preenchido os requisitos para atingir o mérito da causa. As decisões sem análise do mérito podem ser pronunciadas a qualquer momento caso se verifique a impossibilidade do julgamento do mérito. Em consonância, assevera Aprigliano que “as razões de interesse público justificam extinções anômalas, mesmo que tenha decorrido muito tempo, ou que muitas atividades já tenham sido realizadas.”⁵⁸

No entendimento de Kazuo Watanabe, as condições da ação:

“São razões de economia processual que determinam a criação de técnicas processuais que permita m o julgamento antecipado, sem a prática de atos processuais inteiramente inúteis ao julgamento da causa. As ‘condições da ação’

⁵⁷LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

⁵⁸APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 78.

nada mais constituem que técnica processual instituída para a consecução desse objetivo.”⁵⁹

De acordo com o melhor posicionamento, necessário se faz a reavaliação da concepção das condições da ação para que seu reconhecimento possa somente ser efetivado na fase postulatória, ou seja, ao despachar a petição inicial, pois, qualquer decisão ulterior seria de análise do mérito. Tal situação fugiria da característica que enseja a concepção das questões de ordem pública processual, ou seja, a economia processual.

Por conseguinte, a doutrina entende que os pressupostos processuais reúnem diferentes aspectos processuais, alguns levam à extinção processual ou à mudança da competência ou atrasam o desenvolvimento regular da ação. Os exemplos mais claros de algumas dessas hipóteses seriam a coisa julgada, litispendência, falta de caução, dentre outros.

É sabido que os pressupostos processuais se dividem em duas categorias: pressupostos de constituição e pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, conforme aduz o art. 267, IV, CPC.⁶⁰

Para Aprigliano, “os pressuposto de constituição ou de existência do processo podem ser resumidos a um autor, uma demanda e um órgão investido de jurisdição.”⁶¹ Os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo para Barbosa Moreira seria a falta de coisa julgada e litispendência, bem como a capacidade das partes.⁶² Algumas doutrinas como a deste autor e José Roberto Bedaque, criticam o emprego da competência e da insuspeição como pressupostos de validade.

Outrora, no entendimento de Calmon de Passos, os pressupostos de desenvolvimento válido são inerentes à pessoa do juiz quando não incompetente, não impedido ou não suspeito, e, sobretudo inerente às partes, que por si se dividem em subjetivos (capacidade e representação), e objetivos, como o processo apto a desenvolver (sem inépcia, sem litispendência, sem coisa julgada).⁶³ No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos, os

⁵⁹WATANABE, Kazuo apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 79.

⁶⁰BRASIL. Lei nº 5.869, DE 11 de Janeiro de 1973. Código Processo Civil. Art. 267. IV. “Quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 10 mai. 2014.

⁶¹APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 81.

⁶²MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Sobre os pressupostos processuais*. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 87.

⁶³PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p.270.

classifica em subjetivo no que diz respeito ao juiz e às partes, e objetivos em extrínsecos e intrínsecos.⁶⁴

À luz das diferentes classificações doutrinárias, os pressupostos processuais tendem a proteger interesses tanto do Estado quanto das partes. Isso porque diante do caráter heterogêneo, as consequências da falta de um pressuposto podem extinguir o processo, acarretar a inexistência jurídica ou nulidade de atos ou até mesmo o envio dos autos para outro juiz. Desse modo, os pressupostos processuais podem ser conhecidos *ex officio* pelo controle jurisdicional.

Os pressupostos de capacidade processual e de representação são inerentes às partes, as quais somente podem se submeter a decisões meritórias aquelas que preencheram os requisitos subjetivos de representação. Os pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo, especificamente os objetivos, além de passar pelo controle jurisdicional, tutelam mais diretamente o réu para que não se submeta a ações inúteis. Tais pressupostos asseguram às partes que não sejam indevidamente incomodadas. Importa salientar que os pressupostos processuais existem como Bedaque aduz, para “se conferir ordem ao processo, permitindo que seus sujeitos possam participar ativamente e influir no resultado.”⁶⁵

Desse modo, se o resultado final puder ser alcançado sem esses critérios, e não trazendo prejuízo algum para a parte, não há ensejo para desvaler da apreciação da causa.

A dificuldade de se estabelecer uma coerência na doutrina é de que, por um lado, há uma necessidade de se averiguar previamente os pressupostos processuais e condições da ação sob o prisma da economia processual. Por outro lado, há doutrinas que defendem que se o resultado final puder ser obtido sem análise dos pressupostos processuais, sem, contudo prejudicar alguma das partes é plenamente aceito o julgamento proferido do mérito. Exemplo disso é a citação e a capacidade de ser parte (capacidade postulatória), que nos dizeres de Aprigliano “são exemplos de pressupostos processuais cujo desrespeito pode ensejar nulidades, mas que, diante da ausência de qualquer prejuízo, simplesmente são desconsideradas pelo sistema”.⁶⁶ No mesmo sentido prescreve o art. 249, § 2º, do CPC, “Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.” Heitor Vitor

⁶⁴SANTOS, Moacyr Amaral dos apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 87.

⁶⁵BEDAQUE, José Roberto dos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2 ed. São Paulo: Malheiros. p.184.

⁶⁶APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p.83.

Mendonça ressalta que deve ser “observado os mesmos princípios do prejuízo, da finalidade, do interesse, da contaminação e do aproveitamento”.⁶⁷

Contudo, o provimento jurisdicional depende sempre da existência de determinados pressupostos, sem os quais não poderá o juiz decidir sobre o mérito. Assegura Cândido Dinamarco que os “pressupostos processuais são os requisitos sem os quais não se forma um processo viável.”⁶⁸ Esses requisitos consistem em ministrar a regularidade do processo. Sua cominação caracteriza como limitação da tutela jurisdicional e visa, caso preenchido, a perfeita análise de mérito.

Por fim, as normas processuais de ordem pública não visam somente ao interesse do Estado-juiz, mas, também, aos das partes. Eduardo de Albuquerque completa esse sentido ao relatar que “a ordem pública não se relaciona com caráter eminentemente publicístico do processo, mas sim a questões cujo interesse ultrapassam o mero interesse das partes”.⁶⁹ Portanto, a ordem pública processual decorre de princípios sociais e políticos que interessam ao Estado e a sociedade em geral, cuja identidade está vigente num determinado momento.

No plano material, a ordem pública provoca a impossibilidade de as partes escolherem a legislação a ser aplicada em suas relações jurídicas particulares e veda o exercício de atos contrários às leis imperativas.

Na legislação processual, a ordem pública adota procedimentos próprios, não se limitando a um conjunto de valores ou a princípios de interesse geral, tornando-se aplicável nas hipóteses das condições da ação, os pressupostos processuais, os requisitos para recurso e as nulidades processuais absolutas.

A ordem pública processual possui caráter estritamente vinculado aos objetivos e ao modo de ser da atividade jurisdicional, podendo somente ser arguível se seu bom emprego resultar no cumprimento de seus objetivos, aplicando-se os princípios da economia, da finalidade e da instrumentalidade. Tais regras estão relacionadas ao conjunto de aspectos da admissibilidade e regularidade da atividade jurisdicional, as quais constituem na sua aplicação os valores da ordem pública. Definem-se como o aglomerado de técnicas concebidas pelo sistema jurídico para o controle da regularidade do processo voltadas para

⁶⁷SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*: um estudo sobre a posição do réu. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 75.

⁶⁸DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, 6 ed. V. III, 2009. São Paulo: Malheiros p. 130.

⁶⁹PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Apud* APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2011. p. 10.

atingir o fim proposto pelas partes, acopladas pelos princípios norteadores do seu objetivo, que apenas em casos excepcionais devem gerar a extinção anômala.

1.5 A importância das questões de ordem pública para a consumação de um processo com substrato ético

Naturalmente que as questões de ordem pública, mais especificamente a processual, se justificam no controle da regularização do exercício jurisdicional. Assim, para o alcance dessa finalidade, a jurisdição se entende como o meio de busca de pacificação entre as partes. Portanto, é inegável que na relação processual o bem comum é atingido por meio da jurisdição. A função primordial da jurisdição é agir nos conflitos entre as partes e realizar seu objetivo fim, que é a análise do mérito em busca da paz social, política e jurídica, atuando para que o direito material se torne eficaz.

Outrossim, em toda a demanda o juiz deve se mostrar como administrador político e social em busca da justiça e da correta aplicação do direito. Assegura Sérgio Cruz Arenhart, "[...] se o juiz deve assumir seu papel de agente político, comprometidos com os objetivos do Estado, parece razoável que ele deva zelar pela prestação de justiça (efetiva) e pela adequada realização dos direitos."⁷⁰

Ademais, para se chegar a esses objetivos, sabe-se que a jurisdição é aplicada por um contíguo de técnicas acopladas ao processo, devendo, por consequência, essa técnica ser aplicada sem qualquer tipo de erro ou vício.

Logo, em alusão a esse sentido, é de grande interesse do Estado a fiscalização do controle e a regularização das técnicas aplicáveis ao processo. É necessário cominar limites ao desempenho jurisprudencial para que sua atividade seja exercida apenas quando o instrumento se assoalha apto para se buscar o fim proposto. Desse modo, não há dúvida de que a ordem pública processual atua na realização dessa limitação, ou seja, desse controle. Sua principal função é dar a certeza do devido uso do processo.

A jurisdição possui características e finalidades que justificam sua essência, não podendo ser utilizada apenas para se ter algum julgamento qualquer, posto que a função da atividade jurisprudencial deve ser buscada sempre que possível para que seja atingido seu

⁷⁰ARENHART, Sérgio Cruz apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 63-64.

objetivo fim. Contudo, alguns julgamentos terminativos proferidos com base em questões de ordem pública não acoplam seu dever político e social, o que faz com que a prestação jurisdicional seja banalizada por não atingir sua finalidade principal.

Impende frisar que se as questões de ordem pública vêm perfilhando julgamentos sem a análise do mérito, o seu resultado acaba sendo contraditório diante da sua função principal.

Logo, se esse fato acontece cotidianamente, surge então a necessidade de reflexão sobre como se pode ser utilizada a técnica em busca do objetivo fim da jurisdição, se, quando aplicada, impede a realização da sua principal característica? Aprigliano assegura que: "a resposta é relativamente simples. Mediante um novo olhar sobre a função da ordem pública em direito processual."⁷¹

É errado idealizar as questões de ordem pública como de tamanha importância ao ponto de sempre justificarem a extinção anômala. Contudo, é evidente que tais questões contêm técnicas para a devida regularização do processo, objetivando a busca de processos aptos e capazes de ser analisado o mérito. Assim, quando não se alcança este objetivo, age para eliminação de processos desnecessários à prática da atividade jurisdicional, tendo em vista que o próprio sistema condena e não admite que um processo doente prossiga no feito.

O controle da regularidade do processo existe para conter de forma mais ágil, econômica, parcimoniosa, sólida e rápida a aplicação do seu principal objetivo nos processos condenados. Ademais, importa frisar que a ordem pública deve ser utilizada tempestivamente para se evitar o constrangimento e o descontentamento das partes.

Dessa forma, a ordem pública não perde sua utilização e sua essência. Assim, é extremamente necessária a harmonia entre a prática jurisdicional e a principal essência da ordem pública, pois, o que se pratica na realidade é a sua aplicação de forma demasiadamente errônea.

1.6 Características

Enaltece que as questões de ordem pública contêm algumas características importantes para o sistema jurídico brasileiro. Além da possibilidade de serem conhecidas em

⁷¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 64-65.

qualquer tempo ou grau de jurisdição, contêm algumas peculiaridades, tais como a cognoscibilidade oficial e a não tendência do regime da preclusão. Veja-se a seguir.

1.6.1 *Cognoscibilidade oficial*

Depois de estabelecer os conceitos gerais das questões de ordem pública, tem-se por oportuno o estudo da cognição de ofício e dos meios existentes para a arguição destas no ordenamento jurídico. Nesse contexto, se faz necessário saber quem pode e quem tem o dever de suscitá-las.

Primeiramente, se estabelece que não compete somente às partes a arguição das matérias de ordem pública. Importa salientar que também ao juiz compete esse dever, mas, ao argui-las, deverá levar ao conhecimento das partes para o contraditório. Portanto, pode-se concluir que as questões de ordem pública são argúveis tanto pelas partes quanto pelo magistrado.

Preliminarmente, deve ser analisada a relação das normas de ordem pública com a possibilidade de arguição *ex officio* pelo magistrado. A minoria da doutrina afirma que as questões de ordem pública são aquelas argúveis *ex officio* pelo magistrado, ou seja, é infundado o entendimento de que as questões de ordem pública são aquelas que podem ser conhecidas sem provocação da parte pelo juiz. Porém, não restam dúvidas que as questões suscitadas de ofício pelo magistrado, são, em regras gerais, entendidas como de ordem pública por ter interesse público em sua análise, sem pedido da parte.

Contudo, esse ciclo vicioso deve ser estarecido tendo em vista o fundamento de que as questões de ordem pública não são somente aquelas que podem ser argúveis de ofício pelo juiz. Assim, no direito comparado, não existe uma análise de espécies de questões de ordem pública, mas somente do gênero quanto às matérias argúveis de ofício pelo juiz.⁷²

No sistema jurídico brasileiro, quanto aos poderes de reconhecimento de ofício, apenas pequena parte pode ser atribuída às questões de ordem pública. No entanto, quanto à arguição por iniciativa das partes, percebe-se que estas são mais próprias ao réu.

Consoante ao mesmo pensamento, condizente se faz lembrar a doutrina de Joaquim Felipe Spadoni, que aduz:

⁷²APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 30.

“No sentido de que o reconhecimento de questões de ordem pública costuma gerar julgamentos favoráveis ao réu, que não tem sua esfera jurídica seriamente afetada. Se tanto recebe uma sentença terminativa, quando poderia preferir a improcedência. Já o reconhecimento de matéria de ordem pública de direito material pode vir a afetar sua esfera jurídica, o que somes admite se houver pedido do autor a este respeito. Isso só pode ocorrer, de forma legítima e constitucional, se for dada as partes a oportunidade de se manifestarem antes.”⁷³

Assegura o referido autor que:

“nenhum julgamento, em qualquer grau de jurisdição, pode prejudicar a esfera jurídica de uma das partes sem que a mesma seja dada a oportunidade de manifestar suas razões de fato e de direito que fundamentam o seu interesse envolvido na lide.”⁷⁴

Nesse diapasão, uma das formas de arguição das matérias de ordem pública é a exceção em sentido amplo, defesas do réu, que abrangem o exercício do contraditório da parte. Porém, a terminologia da exceção pode ser vista de diferentes formas e critérios de classificação. Assim, numa visão mais específica, pode-se falar nas exceções em sentido estrito as quais são adotadas pelo Código de Processo Civil no artigo 304, que aduz que “é lícito a qualquer das partes arguirem, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art.135)”. As exceções em sentido estrito têm por essência as questões que não são de ordem pública por tutelarem interesses particulares. Nesse caso, tais questões somente poderão ser conhecidas pelo juiz se suscitadas pelas partes.

Afirma Aprigliano que:

“Para ilustrar, basta notar que o Código de processo civil adota o termo exceção (itálico) apenas como defesa processual típica, deduzida na forma de um incidente processual. São as denominadas exceções rituais, aptas a suspender o processo principal, e que no diploma positivo em vigor entre nós se resumem a três possíveis matérias, que são a incompetência relativa, a suspeição e o impedimento do juiz.”⁷⁵

Muito embora tais alegações sejam verdadeiras, existem alguns casos como as das objeções (art. 303 do CPC) nas quais poderá o magistrado conhecer sem provocação das partes.

Consoante o que já fora dito, destaca-se que, há questões cognoscíveis de ofício, mas que não configuram matérias de ordem pública por não conterem qualquer das características inerentes a elas. A saber, veja-se como exemplo o art. 15 do CPC, que dispõe que “é defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos

⁷³SPADONI, Joaquim Felipe apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 118.

⁷⁴Ibidem.

⁷⁵APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 110.

apresentados no processo, cabendo ao juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.” Na mesma linha o art. 242, §2º, aduz que “havendo antecipação da audiência, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, mandará intimar pessoalmente os advogados para ciência da nova designação.”

Tais hipóteses configuram exemplos de matérias que pode ser conhecidas de ofício pelo magistrado, mas que não são de ordem pública. Ademais, existem inúmeros outros exemplos como no caso do juiz determinar a retificação do valor da causa e de hipótese do artigo 130 do CPC, no qual diz que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”

No mesmo sentido, mister entender que,

“os poderes instrutores de ofício, apesar de decorrerem da natureza pública do processo e dos seus objetivos amplamente considerados, não apresentam os elementos que fundamentam a ordem pública, que são a cogência absoluta, a imperatividade da norma e a existência de interesse público marcante.”⁷⁶

Ademais, não é lícito pensar que o não exercício do juiz de arguição de ofício constitui causa de nulidade da ação, tal qual como é a regra das questões de ordem pública típicas. Afirma Aprigliano que: “não obstante a relevância destas ponderações prevalece o entendimento de que tais poderes são complementares” e segue dizendo que “muito poucas das atividades que se realizam de ofício possuem os traços próprios da ordem pública.”⁷⁷ Daí advém a ideia de que as questões de ordem pública não são somente pelo fato do magistrado ter o poder de argui-las de ofício.

Consoante os grandes problemas das objeções e exceções, por política legislativa, procurou-se ser mais cuidadoso nas afirmações de quais questões o juiz pode arguir de ofício e quais as partes podem invocar. Assegura Aprigliano aduzindo:

“A determinação do que seja de ordem pública não está atrelada apenas a este favor, da iniciativa oficiosa na sua cognição, e só pode ser feita a partir dos seus elementos caracterizadores, que são as leis imperativas que retratem interesses públicas relevantes, não passíveis de renúncia ou derrogação pela vontade das partes.”⁷⁸

Por fim, conclui-se que toda questão de ordem pública pode ser argúvel *ex officio*, mas não significa que toda questão de ofício é de ordem pública.

⁷⁶ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 112

⁷⁷ *Ibidem*, p. 114

⁷⁸ *Ibidem*, p. 131

1.6.2 Tendência a não submissão ao regime comum de preclusão

A natureza da preclusão está interligada à essencialidade do processo, seu significado vem “[...] (do latim *procedere*) é um verbo que indica a ação de avançar, ir para frente (pro+cedere) e é um conjunto sequencial e particular de ações com objetivo comum.”⁷⁹

Por sequência, anota-se que o procedimento é uma série de atos praticados no processo os quais devem ser regulados temporalmente, sendo assegurados "a razoável duração do processo.”⁸⁰

Contudo, um dos fatos que regulam e asseguram a duração do processo é a própria preclusão, que impede o retorno a etapas pretéritas. Desse modo:

“A preclusão está diretamente relacionada à necessidade de evitar o arbítrio na condução do processo, assegurando ordem, segurança e celeridade ao instrumento. [...] o instituto da preclusão encontra sua razão de ser, portanto, na inadmissibilidade de o método estatal de solução dos litígios desenvolver-se aleatoriamente, segundo as opções ideológicas de seu condutor. Embora não se possa evitar a influência desse fator nas diversas soluções a serem adotadas no curso do procedimento, há de se estabelecer determinados limites, até para fixar o alcance de certos termos abertos, de conteúdo jurídico indefinido. A liberdade de que é dotado o juiz para interpretá-los encontra restrições objetivas, entre as quais os dispositivos sobre preclusão.”⁸¹

Portanto, a preclusão direciona e regulamenta o procedimento alinhando o andamento processual.

Sabe-se que é possível distinguir algumas modalidades de preclusão, tais como: preclusão temporal e consumativa. A preclusão temporal é a perda da faculdade de praticar qualquer ato pelo decurso do prazo estipulado para se requerer. Já a consumativa é pela própria prática do ato, não podendo ser praticado um novo ato com o mesmo requerimento. Contudo, nesse tópico, a preocupação será mais voltada às questões de ordem pública e a sua não submissão à preclusão. Esta, sob o ponto de vista da sua própria característica geral de não alcançar etapas pretéritas.⁸²

⁷⁹Wikipédia. *Procedere*. Disponível em: <www.pt.wikipedia.org/wiki/Processo>. Acesso em: 23 mai. de 2014.

⁸⁰BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010. art. 5º LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.

⁸¹CABRAL, Antônio do passo. *Nulidades no processo moderno*: Contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2 ed. 2010. p.248.

⁸²APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2011.

Sem embargos, será analisada aqui, a literalidade do art. 267, § 3º, do CPC, que aduz serem as normas de ordem pública argüíveis *ex officio* "em qualquer tempo e grau de jurisdição". A doutrina e a jurisprudência são praticamente unânimes no entendimento de que as questões de ordem pública não se submetem à preclusão.

É de grande vulto a necessidade de se estudar esse artigo, uma vez que será necessário para a compreensão do estudo das questões de ordem pública e, devido ao fato que há algumas divergências nas diversas interpretações que podem surgir, consoante o sentido da expressão "em qualquer tempo e grau de jurisdição".

É evidente que a interpretação a esse termo deve ser feita de modo restrito, pois a letra do artigo traz um significado de "ampla liberdade para o juiz da causa e quaisquer órgãos jurisdicionais em apreciar tais questões, sem restrições de qualquer tipo."⁸³

Não há dúvidas de que é inegável a possibilidade de reconhecimento de ofício "em qualquer tempo e grau de jurisdição" das condições da ação e pressupostos processuais, "enquanto não proferida a sentença de mérito",⁸⁴ conforme preleciona o art. 267' § 3º do CPC. Tais fundamentos têm o escopo de que realmente não há preclusão para o conhecimento de ofício dessas questões por parte do magistrado, tanto em primeiro quanto em segundo grau de jurisdição. Segundo esse entendimento, pode-se concluir que a política legislativa foi a de possibilitar o controle processual em qualquer momento a fim de que a extinção anômala seja realizada de forma prévia.

Um aspecto que faz gerar grandes equívocos acerca da preclusão é o fato de que ao juiz não é possível decidir duas vezes sobre um tema já decidido no que diz respeito a mesma lide, conforme artigo 471 do CPC, "Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide." Desse modo, há entendimento minoritário de que as questões de ordem pública podem se submeter à preclusão, ao menos quanto ao magistrado prolator da decisão, o que enseja maior polêmica.

Assegura Barbosa Moreira que a:

"técnica de utilização frequente para evitar protraimentos na suscitação e na solução de questões é, conforme se sabe, a da preclusão. Em princípio, crescerá a eficiência do método concentrado na medida em que o ato específico (ou a série de atos específicos) assinala a liquidação definitiva de questões compreendidas em seu objeto, com a óbvia ressalva das hipóteses de superveniência. Menor será, pelo contrário, a significação desse momento processual, se mesmo depois continuarem

⁸³APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 174

⁸⁴O Projeto do Novo Código trás o fundamento de que "enquanto não transitado em julgado."

elas irrestritamente suscetíveis. Em tal perspectiva, pode cogitar-se de atribuir ao ato específico uma eficácia preclusiva ampla, de modo que, ainda na ausência de pronunciamento explícito do órgão judicial, se dava considerar pre-exclusiva, daí em diante, a relevância de qualquer questão possível de exame naquela oportunidade, considerando-se a possibilidade de reapreciação à interpretação do recurso cabível, pelo interessado. A esse respeito fala-se às vezes, com discutível propriedade, de 'julgamento implícito'".⁸⁵

Na mesma linha, João Lopes argumenta que "em nome da segurança e da estabilidade das decisões, não se pode afastar o princípio da preclusão em relação a questões que, podendo ser recorridas, não o foram pela parte prejudicada no momento oportuno."⁸⁶

Por outro lado, há quem sustenta que nas questões atinentes a ordem pública podem haver nova decisão, diferente da anteriormente prolatada, sendo por parte do mesmo magistrado prolator ou órgão hierárquico. Raquel Heck Rocha cita em seu livro o entendimento de Cláudio Armando Menezes "para quem o próprio art. 471 do CPC corrobora a tese da possibilidade de reexame das questões cognoscíveis de ofício, ao ressaltar os casos previstos em lei, aí se incluindo, no seu sentir, o art. 267, § 3º, do Código."⁸⁷

No mesmo sentido sustenta Galeno Lacerda que :

"[...] a preclusão no curso do processo depende, em última análise, da disponibilidade da parte em relação à matéria decidida. Se indisponível a questão, a ausência de recurso não impede o reexame pelo juiz. Se disponível, a falta de impugnação importa concordância tácita à decisão. Firma-se o efeito preclusivo não só para as partes, mas também para o juiz, no sentido de que vedada se torna a retratação".⁸⁸

Todavia, Daniel Amorim é contra esse pensamento e "conclui pela impossibilidade de as questões de ordem pública se sujeitarem a preclusão, em vista da natureza e indisponibilidade da matéria."⁸⁹

Muito embora existam esses entendimentos, assevera Aprigliano que:

"Admita-se que o tribunal possa apreciar tais questões livremente, sem estar vinculado pela decisão precedente do juiz de primeiro grau. Justamente para permitir este controle das questões de ordem pública pelas instâncias recursais é que o

⁸⁵MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*: Exposição sistemática do procedimento. 22 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005. p. 54.

⁸⁶LOPES, João Batista apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2011. p. 174.

⁸⁷MENEZES, Cláudio Armando Couce de, apud ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no Processo Civil*: Temas de Direito Processual Civil. 1 ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado. 2011.

⁸⁸LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre : Fabris. 1985. p. 160-161.

⁸⁹NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no Processo Civil. São Paulo: Método. 2004. p. 245. p. 245.

Código de Processo Civil se vale da expressão em “*em qualquer tempo e grau de jurisdição*”. (CPC, artigos 267, § 3º, e 113).”⁹⁰

Assim, pode-se concluir que o sistema admite um controle acerca das questões de ordem pública, tanto em primeiro grau como em segundo grau. Em suma, a maioria dos doutrinadores é favorável à inexistência de qualquer preclusão em relação às matérias de ordem pública. Essa é a interpretação majoritária.

Vale salientar novamente que as questões de ordem pública devem ser interpretadas da forma mais coerente para se buscar sempre a sentença de mérito. Dessa forma, o órgão jurisdicional deve ter um controle sobre os aspectos formais do processo desde o primeiro momento da existência da lide. Devem ser praticados todos os atos imprescindíveis para sanar as irregularidades da ação, devendo a sentença sem a análise de o mérito ser feita apenas em casos excepcionais, pois se caminha no sentido de que não há precisão de ser proferida uma nulidade quando o magistrado puder resolver o mérito em benefício da parte a quem aproveite essa declaração.⁹¹

Entende-se que o momento processual adequado para o exame da matéria de ordem pública é no início do processo. Aduz Aprigliano que “se for constatada alguma irregularidade após o momento próprio para a sua extinção anômala, deverá ser preferencialmente resolvido o mérito da causa.”⁹² O fato do controle da ordem pública ser exercido após o momento primitivo da ação tem sido um fator de apreensão e vem provocando inúmeros encerramentos impróprios. Nesse sentido o autor continua:

“uma parcela destes equívocos decorre justamente da má compreensão e aplicação de outro instituto eminentemente técnico, que é o da preclusão. Entretanto, a relevância de tais questões não pode gerar o efeito de (i) liberar o magistrado de seu exame desde logo, (ii) permitir que profira decisão em que relega a momento posterior este mesmo exame ou, pior, (iii) permitir que imponha retrocessos à marcha do processo, a pretexto de examinar questões de ordem pública.”⁹³

Admitir o controle das normas de ordem pública em outro momento que não seja o início da ação é ferir o próprio fundamento do sistema. Assim, “a extinção de um

⁹⁰ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 165.

⁹¹ *Ibidem*

⁹² *Ibidem*, p. 167

⁹³ *Ibidem*

processo pelo reconhecimento tardio de uma questão de ordem pública revela, no mínimo, atitude negligente do magistrado." ⁹⁴

1.7 Anotações críticas ao tratamento dispensado às questões de ordem pública: necessidade de um repensar sobre o tema?

A ordem pública, sem sombra de dúvidas, estabelece regras jurídicas específicas em cada área do direito. Em cada campo a ordem pública representa uma limitação à liberdade de atuar. Tais fatos se justificam no cuidado com os valores emitidos num determinado momento histórico cultural.

Explica Carmem Tibúrcio,

“[...] a expressão ordem pública designa um conceito do tipo aberto, que não se encontra formulado em qualquer diploma legal. Nada obstante, é possível identificá-lo como o conjunto de valores ou opções políticas fundamentais dominantes em determinada sociedade em determinado momento histórico, em geral positivadas na constituição e na legislação vigente, sobretudo em países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil.”⁹⁵

Desse modo, pode-se concluir que as normas de ordem pública constituem características determinantes geradas por valores culturais e econômicos de uma determinada sociedade em certo momento histórico. Sua concepção está atrelada em cada campo do direito, o que faz gerar consequências desiguais.

Na prática existe grande dificuldade em delimitar e entender as diferenças e desigualdades existentes nas questões de ordem pública, uma vez que guardam relação com o direito material e processual. Assim, necessário seria um estudo mais específico de tais questões para que pudessem ser entendidas de forma adequada. O que mais se verifica atualmente são erros grosseiros dia a dia na prática real, consoante a aplicação das técnicas de ordem pública para controle da tutela jurisdicional.

No direito material a ordem pública está preocupada na relação da legislação que deve ser aplicada entre os particulares, vedando práticas avessas às normas de interesse da sociedade.

⁹⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 169

⁹⁵ TIBÚRCIO, Carmem apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 104.

Já no campo processual, as normas de ordem pública estão atreladas ao bom desenvolvimento da atividade jurisdicional, buscando sempre o controle da regularidade do processo através de técnicas para que seu objetivo fim seja atingido com rapidez e economia.

Salienta-se que o melhor momento para análise dessas matérias é no início da ação, posto que não seria razoável a sua análise em um outro momento tendo em vista que sua função está atrelada aos princípios da economia processual. Contudo, não é o que se verifica na prática, o que vem gerando demasiadamente várias extinções anômalas violando a função primordial da jurisdição que é a busca da análise do mérito para a pacificação das partes.

Por conseguinte, grande parte da doutrina entende que a jurisdição deve acoplar as questões sociais devendo decidir sempre de maneira a pacificar as partes com justiça.⁹⁶ Fato este que é alcançado pelo controle da regularidade do processo que visa à busca da aplicação da jurisdição apenas nos processos aptos e maduros.

Por outro lado, há quem critica esse entendimento, pois a pacificação é mera consequência da resolução do conflito, e não a essência do objetivo fim da jurisdição. Sustenta Guilherme Marinoni que "pode conduzir à admissão de que qualquer poder instituído, mesmo que atuando de forma ilegítima e de modo contrário aos princípios materiais de justiça, exerce jurisdição."⁹⁷

Importante ressaltar que as normas de ordem pública têm o condão de satisfazer a função principal da jurisdição a fim de que seja alcançado o seu fim proposto e, sobretudo, a pacificação das partes que é a essência da lide.

Todavia, não há dúvidas que a ordem pública tutela o interesse público maior que é o da sociedade, o qual faz parte do interesse primário conforme já explanado em outro tópico. Por esses e outros motivos se faz grande a necessidade da instituição do contraditório nas questões argúveis de ofício pelo magistrado, fato em que se deve ter maior relevância na aplicação das técnicas das questões de ordem pública. O contraditório tem o escopo de influenciar no julgamento da causa, tendo em vista que qualquer decisão diversa implicaria surpreender as partes, a qual por óbvio feriria alguns princípios inerentes ao bom desenvolvimento do processo. Assevera Aprigliano que "não se pode admitir sob qualquer fundamento, que o processo seja palco de armadilhas, é óbvio que não se pode permitir a

⁹⁶Entendimento de Cândido Dinamarco no qual aduz que, o núcleo axiológico do processo é inerente a jurisdição. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 316-317

⁹⁷MARINONI, Luiz Guilherme apud APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 64

decisão de matérias de ordem pública sem prévio contraditório.”⁹⁸ Na mesma linha, Paulo Henrique dos Santos Lucon assegura que,

“É preciso por fim, definitivamente, ao processo civil de armadilhas, no qual o julgador surpreende a parte com decisão terminativa a respeito de matéria sobre a qual não se desenvolveu um mínimo de contraditório, violando o preceito constitucional constante no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal.”⁹⁹

Logo, revela-se um erro pensar que as questões de ordem pública são de tamanha importância para a jurisdição a ponto de justificar uma extinção anômala, sem análise do mérito. Pois, o grande papel do órgão jurisdicional é buscar o objetivo fim da ação, ou seja, buscar a resolução da causa da melhor maneira, analisando sempre que possível o mérito. Assim, se faz necessário repensar sobre toda lógica prática que vem sendo aplicada na atualidade, pois, vem gerando impactos desnecessários sem atingir sua função essencial.

⁹⁸ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 72.

⁹⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Recurso especial: ordem pública e prequestionamento*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon\(2\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon(2)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 25 de mai. de 2014.

2. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

É de grande importância que se faça alusão aos institutos da prescrição e da decadência, uma vez que são matérias especiais para nosso sistema jurídico brasileiro. Logo, por gerarem interpretações errôneas e totalmente contrárias a sua essência se faz necessário seu estudo e de maneira escoteira demonstrar o significado de cada instituto.

Serão tratadas adiante peculiaridades sobre tais institutos, de modo a verificar se fazem parte do rol das questões de ordem pública.

2.1- Breve Histórico

A prescrição e a decadência surgiram na antiga Roma. A ação e o direito de qualquer cidadão eram perpétuos e facultava o exercício de sua pretensão ou direito em qualquer momento. Com o passar dos anos, verificou-se a necessidade de estabelecer um limite temporal no exercício da ação ou invocação de direitos, desfazendo-se assim do sentido de perpetuidade.¹⁰⁰

No início, surgiu a necessidade de se fixar um prazo para a duração das ações que eram estatuídas através de fórmulas escritas. Assim, toda ação era procedida por uma parte introdutória que, ao ser verificado que o prazo de duração já havia passado, deveria ser extinta. Esta análise introdutória acoplava a preliminar da fórmula que se denominava de *praescriptio*, ou seja, o que era escrito antes ou no começo, pois fazia com que o juiz não analisasse o mérito.¹⁰¹

Semelhante origem tiveram as ações reivindicatórias, onde foram usadas como exceção obstativa da reivindicação do proprietário pelo decurso do tempo, passando a existência de prescrição aquisitiva. Assim, a prescrição não só era causa de extinção da ação por desuso do direito por um determinado lapso temporal, como também um instituto de aquisição de direitos.

Na antiga Roma, as ações eram divididas em perpétuas e temporárias, as ações prescritíveis eram algumas exceções, após passou-se a ser atribuído um lapso temporal de 30 anos como regra geral. Foi a partir de então que surgiu o instituto de prescrição, fruto da

¹⁰⁰ LEAL, Antonio Luiz câmara. *Da prescrição e da decadência*: Teoria geral do direito civil, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense.1959. p. 17-20.

¹⁰¹ SANTOS, Thiago Rodovalho dos apud LEAL, Antonio Luiz câmara. *Da prescrição e da decadência*: Teoria geral do direito civil, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense.1959, p. 17-20.

necessidade de imposição de prazo como extinção de direitos, fazendo com que a eficácia da exigibilidade jurídica se perdesse.

Em geral a prescrição é apontada como segurança jurídica por diversos autores, sendo esta a posição majoritária. Assevera Câmara Leal¹⁰² que o fundamento jurídico da prescrição tem vários motivos, quais sejam: a) o da ação destruidora do tempo; b) o castigo à negligência da parte; c) presunção de abandono ou renúncia; d) presunção de extinção do direito; e) proteção ao devedor; f) diminuição das demandas; g) o interesse social, pela estabilidade das relações jurídicas, remontado a indicações romanas do interesse público.

No decorrer de toda a história, alguns desses fundamentos jurídicos foram se tornando mais importantes e relevantes para o direito. Assim, devido à evolução científica, surgiu a necessidade de compreender melhor os institutos da prescrição e da decadência.

Importa observar que o Código Civil de 1916 não trazia de forma clara a distinção entre prescrição e decadência, seus prazos eram embaralhados num mesmo artigo, razão pela qual trouxe diversos problemas em conceituá-los. Todavia, o código de 2002 acabou distinguindo de forma específica a prescrição da decadência, anotando prazos diversos a esses institutos. No entanto, a dificuldade em conceituá-los permanece viva até os dias de hoje, pois seus efeitos são semelhantes.

Importante anotar que no projeto do primeiro Código Civil, Beviláqua tinha sugerido para discussão legislativa que "as ações que protegem direitos patrimoniais extinguem-se por prescrição (art. 210)."¹⁰³ Entretanto, quando submetido à discussão na Câmara, com o intuito de melhorar, trouxeram os prazos decadenciais para dentro do artigo que trata da prescrição, o que deveria ter sido, *a priori*, era tão somente ter cuidado do prazo prescricional nesse momento. Assim, devido a essa mudança, o Código trouxe um conjunto de prazos de ambas as especiais no mesmo artigo.

Salienta-se que, desde a sua concepção, a prescrição é uma exceção a qual deve ser arguida a quem aproveita e, como tal, pode ser arguida em qualquer momento processual.

104

¹⁰²LEAL, Antonio Luiz câmara. *Da prescrição e da decadência*: Teoria geral do direito civil, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense.1959. p. 27-28.

¹⁰³MANSO, M. Costa apud CAPELOTTI, João Cláudio. *Prescrição e decadência*: Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho, 5 série. Bahia: JusPODIVM, 2013, p. 233.

¹⁰⁴LEAL, Antonio Luiz Câmara. *Da prescrição e da decadência*: Teoria geral do direito civil, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense.1959.

Para melhor entender, destaca-se que há quem as distinguiam pelos seus efeitos, fazendo menção a "pretensão", por influência do direito comparado, o germânico.

Ressalta-se que a doutrina brasileira abraçou a prescrição como a extinção da pretensão (*anspruch* – reivindicação, reclamação, exigência), ou seja, a perda da exigência de sujeição do interesse de outrem ao interesse próprio. Por consecutivo, para a perda dessa pretensão alguns requisitos devem estar presentes, tais como: violação de direito (art.189, Cód. Civil), inércia do titular por um lapso temporal e a inexistência de algum ato ou fato suspensivo ou interruptivo.

Doutro modo, para Beviláqua, *anspruch* seria o direito subjetivo de invocar ao seu favor as garantias sociais garantidas por Lei.¹⁰⁵ Já para Amorim Filho "a pretensão é o poder de exigir de outrem uma prestação".¹⁰⁶

Pontes de Miranda apresentava outra visão, "a pretensão é o poder de exigibilidade de que se reveste um direito".¹⁰⁷ O referido autor acreditava que o direito que não existisse empecilho algum ao seu exercício era contemplado por uma pretensão. Pode-se concluir que para o autor nem todos os direitos são contemplados por pretensões. Daí surge a visão consoante primeira ideologia citada acima.

Vale ressaltar que pretensão não nasce somente quando violado um direito, conforme aduz o art. 189 do Código Civil.¹⁰⁸ Dizer isso seria deixar de lado a tutela inibitória. Ademais, indaga-se que "a prescrição não extingue o direito, nem a pretensão, nem a ação. A prescrição opera no plano da eficácia, para encobrir a exigibilidade da pretensão".¹⁰⁹

Conquanto as teses acima, a essência da prescrição é tornar ineficaz a pretensão da parte contrária. Para Pontes de Miranda, esse fato é a grande diferença entre a decadência. Segundo o autor, a decadência extingue os efeitos da pretensão e não os encobrem. Aduz que "prescrição é o encobrimento da eficácia, não extinção dela. Tem-se dado largo uso a

¹⁰⁵BEVILÁQUA, Clóvis apud CAPELOTTI, João Cláudio. *Prescrição e decadência*: Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho, 5 série. Bahia: JusPODIVM, 2013. p. 242-243.

¹⁰⁶CAPELOTTI, João Cláudio. *Prescrição e decadência*: Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho, 5 série. Bahia: JusPODIVM, 2013.p. 243.

¹⁰⁷Ibidem

¹⁰⁸BRASIL. Lei nº 5.869, DE 11 de Janeiro de 1973. Código Processo Civil. Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 10 mai. 2014.

¹⁰⁹CAPELOTTI, João Cláudio. *Prescrição e decadência*: Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho, 5 série. Bahia: JusPODIVM, 2013. p. 244.

expressão decadência, em vez de preclusão. A cada momento fala-se em prazo de decadência para se nomear prazo de preclusão."¹¹⁰.

2.1.2 Diferença Essencial de Prescrição e Decadência

Em geral, o critério mais utilizado para se fazer distinção entre prescrição e decadência é que naquela o direito atinge a ação devido ao desuso e decurso de tempo e, nesta, atinge o próprio direito material, extinguindo-o. Entretanto, a partir desse entendimento, assevera Amorim Filho, ao fazer críticas, que "o critério apontado apresenta-se, assim, como uma manifesta petição de princípios, pois o que se deseja saber, precisamente, é quando o prazo extintivo atinge a ação, ou o direito. O que se procura é a causa e não o efeito."¹¹¹

Assim, não há dúvidas de que os aspectos da prescrição e da decadência são iguais, pois ambos mitigam a duração por tempo indeterminado das relações jurídicas. Desse modo, é necessário que se faça alusão ao direito subjetivo, pretensão e ação, em relação ao direito material e processual para que se possa estabelecer a distinção entre prescrição e decadência.

Enaltece que há entendimentos de que os direitos subjetivos estão ligados ao direito potestativos e direitos a uma prestação. Nesta, está o sentido de conseguir da parte contrária uma obrigação, seja ela positiva ou negativa, como uma obrigação de fazer, dar ou não fazer. Naquela, o sentido é em relação aos "poderes que a lei confere a determinadas pessoas" a faculdade de impor a subordinação do direito alheio aos seus por meio de uma declaração de vontade.¹¹²

Por conseguinte, a pretensão seria a possibilidade de exigir da parte contrária a submissão ao direito subjetivo do titular. A ação é o meio de se buscar essa pretensão consoante o surgimento do litígio. Assim, através dela pode se exigir da tutela jurisdicional a devida efetividade de subordinação da parte contrária ao direito subjetivo do titular. Esse é o ponto de partida para iniciar a distinção entre esses dois institutos.

¹¹⁰MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de apud CAPELOTTI, João Cláudio. *Prescrição e decadência: Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*, 5 série. Bahia: JusPODIVM, 2013. p. 245.

¹¹¹AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as Ações Imprescritíveis*, em revistas dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. dez.2009, n. 98, p 473.

¹¹²Ibidem, p. 474.

Desse modo, a prescrição, ao extinguir a pretensão, atinge também a ação. No mesmo caminho argumenta Gonçalves¹¹³ “[...] a prescrição extingue a *pretensão*, que é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio”. Portanto, enaltece que a prescrição é a perda da pretensão de se ter eficácia de um fato jurídico ou de exigir a subordinação do interesse de outrem ao seu próprio interesse por não se ter manifestado dentro de um lapso temporal.

Por fim, a prescrição resume-se às hipóteses das ações condenatórias conforme já preconizado. Além disso, sua diferença atualmente está também no fato de que não se aplica à decadência os fatos que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.¹¹⁴

Portanto, conclui-se que tal instituição se fez necessário para que haja tranquilidade na ordem jurídica e paz social. Assim, trazendo, conseqüentemente, segurança jurídica entre as partes, pois, a exemplo, o devedor estaria livre de pagar duas vezes a mesma dívida, dentre outras hipóteses.

2.2.2 Tentativa de um método científico para se estabelecer diferença entre prescrição e decadência

Para melhor entender o conceito de prescrição surgiram posicionamentos doutrinários, como o de Marcos de Mello, em que trata a prescrição e decadência como institutos “imputáveis a fatos jurídicos”.¹¹⁵

Diante da liberdade que o legislador possui para distinção do que é prescrição e a decadência, poderia se dizer que seriam utilizados conceitos jurídicos-positivos para se fazer essa escolha. No entanto, há quem trate estes como conceitos lógico-jurídicos. Assim, resta indagar qual o posicionamento cientificamente mais adequado acerca do conceito desses institutos.

Para melhor argumentar tais questões, Agnelo Amorim Filho utilizou-se da teoria ternária das ações em busca de um método científico que será visto a seguir.¹¹⁶

¹¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro I: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 518

¹¹⁴ BRASIL, Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. “Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 23 mai. 2014.

¹¹⁵ MELLO, Marcos Bernardes de apud MACHADO, Hugo de Brito. Prescrição e decadência, estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho, ed. JusPODIVM, 2013, p. 198.

No primeiro momento, Amorim se utilizou da classificação de Chiovenda, a qual dividia o direito subjetivo em duas espécies: (i) os "direitos a uma prestação", que dizem respeito a uma pretensão que busca tutelar uma prestação. (ii) os "direitos potestativos", aqueles que não podem ser violados e que através de seu exercício criam um ambiente de subordinação de um direito alheio ao seu.

Para o referido autor, o "direito a uma prestação" direciona a prescrição, pois podem ser violados criando-se pretensões. A prescrição faz cessar a eficácia da pretensão. Já os "direitos potestativos", por não poderem ser violados, não geram pretensões, a estes se aplicam a decadência, pois geram ações constitutivas que não devem ser perpetuadas, muito embora haja exceção.¹¹⁷ Ao se fazer alusão à teoria ternária das ações, para o autor, apenas as ações condenatórias (ações de prestação)¹¹⁸ sofrem com a prescrição. Assim, somente os direitos potestativos, ações constitutivas, são subordinados ao prazo da decadência. Por último, aduz que as ações meramente declaratórias são imprescritíveis, ou seja, perpétuas.¹¹⁹

Desse modo, Agnelo Amorim conseguia distinguir os prazos e direitos prescricionais dos decadenciais. Tais alegações sofrem críticas, tendo em vista que o autor, ao buscar essa distinção, ignorou que tais institutos são imputáveis a fatos jurídicos,¹²⁰ desconhecendo também as ações mandamentais e executivas.

Pode-se concluir na doutrina de Marcos Mello que a prescrição e decadência são imputáveis a fatos jurídicos, posto que o legislador tem ampla liberdade de escolha na construção dos institutos, segundo Jaldemiro Rodrigues o legislador:

“(i) pode dispor a respeito dos prazos prescricionais (reduzindo-os ou ampliando-os);(ii) pode dispor sobre suspensão e interrupção dos prazos prescricionais e decadenciais; (iii) pode dispor sobre efeitos da prescrição (extinção do próprio direito, ao invés de encobrimento da eficácia da pretensão; (iv) pode estabelecer como prescritível ações antes sujeita a prazo decadencial; (v) pode estabelecer como imprescritível ações antes tida como prescritível etc.”¹²¹

¹¹⁶AMORIM FILHO, Agnelo. *Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Bahia: JusPODIVM, 2013. p. 224.

¹¹⁷Caso da investigação de paternidade e ações declaratórias.

¹¹⁸Fredie Didier adota o mesmo entendimento e vai mais longe dizendo que nestas se incluiriam as ações mandamentais e executivas. DIDIER JÚNIOR, Fredie apud ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*, 5 série.. Bahia: JusPODIVM, 2013. p. 224.

¹¹⁹O autor ignora a controvérsia acerca das "ações meramente declaratórias" construída a partir dos ensinamentos de Pontes de Miranda e outros. ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*, 5 série.. Bahia: JusPODIVM, 2013. p. 224.

¹²⁰MELLO, Marcos Bernardes de apud ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Prescrição e decadência, estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*, ed. JusPODIVM, 2013, p. 223.

¹²¹Ibidem p. 226.

Para Marcos Mello:

“A gama de efeitos imputáveis aos fatos jurídicos é, praticamente, ilimitada, porque, sendo imputação, é criação humana, assim sujeita, apenas, aos modelos criados pela inteligência, estimulada e orientada pela experiência, com a finalidade de atender as necessidades da convivência social.”¹²²

Logo, é possível indagar que esses institutos são categorias de eficácias, com conceitos jurídicos-positivos, de modo que o legislador tem ampla liberdade de estabelecer prazos, formas de suspensão e interrupção e suas consequências.

Nesse sentido, preleciona Pedro Nogueira:

“Deve-se, e antemão, deixar assentado, como ponde-de-partida para a análise do problema, que a prescrição é um conceito jurídico-positivo. Com isso queremos dizer que o legislador tem total liberdade para estabelecer os prazos prescricionais, as formas de suspensão, de interrupção, de contagem, assim como as consequências de seu advento.”¹²³

Assim, conclui-se que, mesmo não havendo um consenso entre esses institutos quanto ao fato de serem lógicos-jurídicos ou jurídicos positivos, a questão é que não deve existir um critério científico definitivo para distingui-los, tendo em vista que o legislador tem liberdade de utilizar hoje os critérios da prescrição para incluir na decadência, ou vice-versa.

No entanto, como bem pondera Beviláqua:

“Prescripcao é a perda da ação atribuída a um direito, de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dellas, durante um determinado espaço de tempo. (...) o prazo extintivo opera a decadência do direito, objectivamente, porque o direito é conferido para ser usado num determinado prazo; se não for exercido extingue-se. Não se suspende nem se interrompe o prazo; corre contra todos, e é fatal. Termina na hora pre-estabelecida.”¹²⁴

Para Agnelo Amorim Filho¹²⁵, as ações condenatórias são limitadas pelo tempo, sofrendo com a prescrição, já as constitutivas sofrem com a decadência, havendo exceções como as ações declaratórias. Esse entendimento é o mais utilizado na doutrina moderna, a qual visa afastar a ideia banalizada de que a prescrição extingue a ação e a decadência o direito.

¹²²MELLO, Marcos Bernardes de apud ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*, ed. JusPODIVM, 2013, p. 226.

¹²³NOGUEIRA, Henrique Pedrosa; DIDIER JÚNIOR, Fredie. apud ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. 5 série. Bahia: JusPODIVM. 2013. p. 227.

¹²⁴BEVILÁQUA, Clovis apud CAPELOTTI, João Paulo. *Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. 5 série. Bahia: JusPODIVM. 2013. p. 234.

¹²⁵CAPELOTTI, João Paulo. *Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. 5 série. Bahia: JusPODIVM. 2013. p. 236..

Um ponto em comum entre esses dois institutos é o tempo e a inércia do titular de um direito. Antes, era fácil identificar que a diferença entre elas eram a possibilidade de arguição *ex officio* da decadência pelo juiz, por ser uma questão de ordem pública. Contudo, essa visão foi modificada em 2006 com a promulgação da Lei n. 11.280/06. O problema aumentou a partir de então, tendo em vista que várias indagações surgiram após o advento desta Lei, a qual passou a ser possível o reconhecimento da prescrição de ofício pelo magistrado.

1.3- Uma nova visão acerca da prescrição

No nosso Código Civil anterior, bem como no Código Processo Civil até antes de 2006, era bastante visível a expressa proibição do juiz arguir de ofício a prescrição, com ressalva nos casos dos direitos não patrimoniais. Assim, para que o juiz conhecesse a prescrição era necessária a provocação das partes, prevalecendo o princípio da inércia, nesse caso.

No entanto, em alguns momentos, houve discussão a respeito da exceção à regra quando se tratava de casos de ordem pública, como exemplo o patrimônio da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, ou seja, da Fazenda Pública.

No início do atual Código Civil, a ideia passou a adquirir forças, passando a ser possível a arguição de ofício da prescrição pelo magistrado, desde que se tratasse de pessoas absolutamente incapazes, ou seja, se fosse constatada a incapacidade absoluta da parte, o juiz poderia arguir a prescrição dos direitos indisponíveis patrimoniais ou não. Tal pleito marcou o início da ideia revolucionária da possibilidade de arguição *ex officio* da prescrição, independentemente de serem direitos patrimoniais.¹²⁶¹²⁷

¹²⁶Conforme estatuiu o Centro de Estudos da Justiça Federal, em jornadas acerca do novo Código editando enunciado cujo conteúdo: “O art. 194 do Código Civil de 2002, a permitir a declaração ‘*ex officio*’ da prescrição de direitos patrimoniais em favor do absolutamente incapaz, derogou o dispositivo no § 5º do art. 219 do CPC.”. Centro de Estudos da Justiça Federal. jornadas acerca do novo Código. Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/documentos-de-apoio/centro-de-estudos-judiciarios>. Acesso em: 02 jun 2014.

¹²⁷Há alguns julgados no STJ no sentido de adotar a nova visão revisionista, veja-se: “[...] Empós, a 1ª Turma do STJ reconsiderou seu entendimento no sentido de que o nosso ordenamento jurídico material e formal não admite, em se tratando de direitos patrimoniais, a decretação, de ofício, da prescrição. Correlatadamente, o art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80 foi alterado pela Lei nº 11.051/04, passando a vigorar desta forma: “Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.” Porém, com o advento da Lei nº 11.280, de 16/02/06, com vigência a partir de 17/05/06, o art. 219, § 5º, do CPC, alterando, de modo

Há entendimentos, inclusive do Nelson Nery Júnior¹²⁸, de que essa alteração não modificaria a natureza do direito da prescrição, que continuaria sendo patrimonial. No entanto, o que se mudaria fora a forma de pensar do legislador o qual passou a proteger essas pessoas visando ao interesse social.

Após muitas discussões, polêmicas e divergências, a primeira a tomar frente da nova ideologia foi a Lei de Execuções Fiscais, que passou a determinar que o magistrado pudesse arguir de ofício a prescrição depois de ouvir a Fazenda Pública. O argumento utilizado para adotar essa prática foi de que seria para reduzir o grande número de processos existentes no judiciário e para proteger o interesse da parte contrária.

Contudo, deve-se entender que a prescrição não mais ataca somente a pretensão, mas, sim, o próprio direito material da parte, em vista dos seus novos aspectos.

Por fim, por política legislativa, preferiu-se dar maior atenção a prescrição tutelando-a como matéria de ordem pública, visando à paz social e à harmonia entre as partes, destacando-se como um direito híbrido, o qual correlaciona com o direito privado e público.

1.3.1- Prescrição antes e após a lei n. 11.280/06

Como já dito anteriormente, o Código Civil de 1916 em seu bojo trouxe vários prazos sem distinguir quais seriam para prescrição e quais para decadência, ficando esse dever para a doutrina. Contudo, no atual Código Civil de 2002, tal problemática parece resolvida, destacando os prazos prescricionais nos art. 205 e 206 do referido Código.

Desse modo, o Código Civil, por política legislativa, firmou-se no entendimento de que a prescrição seria a perda de pretensão, conforme preconiza o art. 189 do mesmo

incisivo e substancial, os comandos normativos supra, passou a vigor com a seguinte redação: "O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição". Id est, para ser decretada a prescrição de ofício pelo juiz, basta que se verifique a sua ocorrência, não mais importando se refere-se a direitos patrimoniais ou não, e desprezando-se a oitiva da Fazenda Pública. Concedeu-se ao magistrado, portanto, a possibilidade de, ao se deparar com o decurso do lapso temporal prescricional, declarar, ipso facto, a inexigibilidade do direito trazido à sua cognição. Por ser matéria de ordem pública, a prescrição há de ser decretada de imediato, mesmo que não tenha sido debatida nas instâncias ordinárias. In casu, tem-se direito superveniente que não se prende a direito substancial, devendo-se aplicar, imediatamente, a nova lei processual. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1036756/RJ*. Segunda Turma. Recorrente: Município de Teresópolis. Recorrido: Celpa Empreendimentos Imobiliários LTDA. Relator: Min. Humberto Martins. 02 de abril de 2008. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200800479203&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 jun. 2014.

128 NERY JÚNIOR, Nelson. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 261.

Código¹²⁹, não restando qualquer dúvida de que a prescrição não atingiria o direito, mas apenas a pretensão. Por outro lado, a decadência faria esse papel, atingindo o direito material da parte.

Até 2006, a consumação da prescrição pela inércia do titular não faz desaparecer o direito subjetivo enquanto o obrigado-devedor não provocar a exceção. Assim, não restava qualquer dúvida de que a prescrição apenas atingiria a pretensão cabendo a decadência atingir o direito material. Logo, por não ser matéria apenas de direito, mas fundamentalmente matéria de fato, não caberia ao juiz arguir a prescrição de ofício, e sim, apenas a parte dispor do seu direito, tendo em vista o caráter patrimonial, devendo a prescrição ser alegada apenas pela parte interessada em se beneficiar com isso.

À luz dessa política, a prescrição não era vista como matéria de ordem pública. Assim, deixando de ser alegada e oposta a exceção de defesa pela parte interessada, não caberia só ao juiz a discricionariedade de reconhecê-la de ofício.

Após várias análises e estudos, verificou-se a necessidade, diante dos vários problemas encontrados no decorrer desses anos, de uma nova política legislativa que já vinha se fortalecendo aos poucos.

Alguns aspectos relacionados à prescrição foram renovados e alterados com a publicação da Lei n. 11.280/06, na qual foi inserida na legislação processual bruta mudança na estrutura do Código Civil. Com a revogação do art. 194 do Código Civil, foi, introduzido no CPC, o § 5º no art. 219, que assim dispõe:

“Art. 219. [...]”

§ 5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.”

Para explicação dessa mudança segue exposição de motivos:

“[...] 2. sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa. 3. De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juízes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da lei de juizados especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em

¹²⁹BRASIL, Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 mai 2014.

questão. 4. A proposta vai nesse sentido. A sugestão de redação ao parágrafo único do art. 154 do CPC incorpora ao trâmite processual as inovações tecnológicas, os sistemas de comunicação modernos, que permitem a troca de informações e a prática de atividades de maneira eficiente, o que nos parece perfeitamente adequado aos princípios que balisam a política Legislativa do governo referentes à reforma processual. 5. No mesmo sentido, louvável a disposição que permite ao juiz decretar de ofício, sem necessidade de provocação das partes, a prescrição, em qualquer caso, conforme proposta de redação inédita ao parágrafo 5º do art. 219 do CPC. [...] II. Estas, Senhor Presidente, as razões que me levam a submeter a anexa proposta ao elevado descortino de Vossa Excelência, acreditando que, se aceita, estará contribuindo para a efetivação das medidas que se fazem necessárias para conferir celeridade ao rito do processo civil.”¹³⁰;

Como se pode observar, um dos motivos que levaram essa mudança foi para poder conferir maior celeridade ao processo, tendo em vista a sobrecarga de processos coadunado com cultura de judicialização de todos os problemas sociais. Importante destacar que ao se observar o amadurecimento da ideia ao longo dos anos, o legislador não apenas quis dar maior celeridade aos processos, mas proteger o direito da parte mesmo que seja patrimonial, pois, o que o direito mais visa é a solução do litígio para o bom convívio social das pessoas.

Como já se sabe, há argumentos de que a prescrição, após a Lei n. 11.280/06, passou a ter natureza híbrida, pois nela há interesse público e social envolvido, além de ter cunho patrimonial. Logo, deve-se destacar que diante da alteração, ao se colocar a expressão "pronunciará", é de salientar que o legislador não deu margens para o magistrado pensar diferente de que agora é um "dever" e não somente um poder do juiz arguir de ofício a prescrição.

Todavia, é importante enaltecer que, mesmo embora seja um poder-dever do juiz em alegar a prescrição, não cabe falar em responsabilidade deste, caso não venha reconhecer em tempo hábil, tendo em vista que o Código Processual Civil impõe ao réu o dever primário e principal de arguir esse instituto.¹³¹

¹³⁰BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.726/04, remetido ao Congresso por meio da Mensagem nº 867.04. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/internet/ordemdodia/integras/350708.htm>>. Acesso em 25 jul. 2014.

¹³¹Interpretação em analogia as normas de ordem públicas elencadas no art. 267, §3º do CPC: “O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nºs. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.” BRASIL. Lei nº 5.869, DE 11 de Janeiro de 1973. Código Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 10 mai. 2014.

Contudo, percebe-se que não há qualquer vício ou incoerência na mudança feita, pois é plausível que o juiz reconheça de ofício a prescrição ao analisar a prevalência de alguns princípios que fundamentam essa autonomia.

No que tange a possibilidade da incoerência entre a prescrição ser reconhecida de ofício, observa-se que há um conflito de princípios entre interesse público e interesse particular. Diante disso, em que pese esse conflito, importa analisar que o interesse público sempre prevalecerá sobre o privado.

Desse modo, o intuito da prescrição como norma de ordem pública é resguardar a harmonia que jamais deveria deixar de existir entre os litigantes, é proteger o mais alto interesse social. Ao reconhecer de ofício a prescrição, o juiz estaria apenas adentrando aos aspectos jurídicos e sociais, e não interferindo no interesse particular das partes, tendo em vista que o interesse público prevalece sobre este. Por conseguinte, o juiz não estaria invadindo o direito material subjetivo, pois a parte diante da sua inércia perdeu a pretensão de impor ao direito alheio o seu interesse particular.

Porém, há requisitos que devem ser levantados e analisados anteriormente à arguição de ofício, a saber: verificar se houve causas de suspensão ou interrupção antes da litigância judicial e renúncia à prescrição.

Com o mesmo fundamento da crítica, *data vênia*, discorda-se que não há no processo litigado qualquer tipo de renúncia tácita que interferisse na vontade das partes, pois o juiz não poderá intervir no interesse particular. Caberá ao juiz suprir a vontade das partes somente em casos específicos corroborado com a lei.

Assim, a renúncia à prescrição estaria coadunada no interesse particular dotado de um contrato entre as partes. Não obstante, Carlos Gonçalves¹³² explica que “consumada a prescrição, qualquer ato de reconhecimento da dívida por parte do devedor, como o pagamento parcial ou a composição visando à solução futura do débito, será interpretado como renúncia”.

Todavia, consoante a nova lei, em regra, não poderia ser discutido novamente num processo litigioso o mesmo objeto, fundamentado no reconhecimento de ofício da prescrição, devido à segurança jurídica. Assim, caso haja pagamento parcial da dívida já prescrita, cujo processo já houve trânsito em julgado, tal medida não poderia ser analisada

¹³²GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro 1: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 520

novamente pelo judiciário consoante a impossibilidade jurídica do pedido. Ademais, caso houvesse “composição visando à solução futura do débito, será interpretado como renúncia”, logo, tal pleito se coaduna em novação.

Assim, após a alteração que permitiu o reconhecimento *ex officio*, a lei nada mais fez do que garantir, diante da inércia do titular da pretensão, o não socorro daquele que dormiu primeiro, o credor, pois, sabe-se que o direito não socorre aos que dormem (*Dormientibus non succurrit jus*), garantindo, portanto, a harmonia entre as partes e a paz social.

Essa mudança pode ser entendida em razão da cultura em que se vive atualmente. Está, portanto, se passando por um momento de judicialização a qual toda sociedade cultiva a resolução dos seus litígios por meio do judiciário. Cultura esta que vem trazendo maiores encargos ao judiciário. Importa relatar que há um grande número de demandas no judiciário, fazendo com que este não consiga resolver os conflitos dentro do tempo adequado e proferir uma decisão de qualidade, a qual todo cidadão é merecedor. Portanto, ao reconhecer a prescrição de ofício depois de analisados os requisitos, estaria desafogando um pouco o judiciário, abrindo tempo e espaço para decidir questões de maiores relevâncias.

Como já explanado em outro tópico, a prescrição visa à paz e à ordem social, se coaduna com a necessidade superior de manter e de assegurar a harmonia na ordem pública. Portanto, a prescrição não é mais pautada somente como aspecto material de fato, mas, também, como um aspecto processual, atingindo o direito material. Esse seria o raciocínio que mais se coaduna com as tendências modernas, dando maior celeridade, economia jurisdicional e efetividade processual.

Pautado pelo princípio da economia processual, o que o magistrado pretende, ao arguir a prescrição de ofício, é evitar maiores encargos e pesos em outras esferas recursais. Desta forma, estaria impedindo um caos no sistema, pois, a lei deu total autonomia ao juiz para que pudesse reconhecer de ofício qualquer matéria de ordem pública.

1.4 Prescrição como matéria de ordem pública

Como já explicado nos tópicos anteriores, a prescrição surgiu na antiga Roma. No início, os antigos romanos não admitiam a prescrição das ações que, por vez, se perpetuavam no tempo, facultando, *ad aeternum*, o exercício do titular da pretensão a qualquer momento. Posteriormente, verificou-se a necessidade de atribuir um limite ou tempo a essas ações,

fixando prazo certo e determinado para a faculdade do exercício. Assim, ao longo dos tempos, a prescrição vem sendo perfilhada como a extinção de uma ação pela inércia, diante de um lapso temporal prefixado, do titular da pretensão.¹³³

Contudo, com a necessidade de limitar no tempo a pretensão de ação de um direito, reconheceu-se a prescrição como um princípio de ordem pública que tende o benefício do mais alto interesse social, por meio da Lei nº 11.280/06. Assim, não permitindo o alongamento indefinido de uma situação de incerteza, instabilidade, insegurança e rompimento da paz social.

Assim, nos dizeres de Augusto Zenun:

“[...] prescrição [...] princípio de ordem pública, em benefício do mais alto interesse social, para não se permitir o alongamento indefinido de uma situação de incerteza, de instabilidade, de insegurança.”¹³⁴

De tal modo, a prescrição surge contra a inércia do titular por acarretar a violação à ordem pública, atingindo o mais alto interesse da sociedade. A partir daí, percebe-se que se a prescrição não existisse, o titular da pretensão teria indefinitivamente a faculdade de agir, fazendo com que a ordem pública se tornasse um caos o que, conseqüentemente, aumentaria a intranquilidade e insegurança da sociedade, violando a paz social, o mais alto interesse público.

Dessa forma, Cunha Gonçalves¹³⁵ aduz que “a prescrição é uma instituição necessária para a estabilidade de todos os direitos. Sem ela nada seria estável”. Por esses argumentos, percebe-se que a prescrição gera estabilidade de direitos, assegurando que a parte credora que ficou inerte por um lapso temporal determinado por lei, perca seu direito a favor do devedor.

Todavia, o supremo desígnio da prescrição está em: a) precaver litígios; b) evitar que estes se contemporizem indefinidamente; e c) restaurar entre as partes desentendidas a harmonia que nunca deveria deixar de existir. Surge daí, a ordem e segurança social.

¹³³ LEAL, Antonio Luiz Câmara. *Da prescrição e da decadência*: Teoria geral do direito civil, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

¹³⁴ ZENUN, Augusto. *Prescrição na constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 2.

¹³⁵ CUNHA Gonçalves, *Tratado de direito civil*, vol. 3/633, São Paulo: Max Limonad, p. 412

Ao desprezar sua pretensão pela inércia, o interesse social deve prevalece sobre o interesse do titular do direito, pois, a lei, ao proteger um interesse particular, age precipuamente ao interesse público, onde paira o equilíbrio fundamental dos homens, que condena, por vez, toda insegurança e incerteza na busca da ordem pública. Assim, o interesse público jamais seria elidido por um interesse privado. Para Leal Câmara:

“[...] devemos reconhecer que o único fundamento da prescrição é o interesse jurídico-social. Tendo por fim extinguir as ações, ela foi criada como medida de ordem pública, para que a instabilidade do direito não viesse a perpetuar-se com sacrifício da harmonia social.”¹³⁶

Nota-se a importância, portanto, da prescrição em nosso ordenamento jurídico. Sem esse instituto a segurança, tranquilidade e paz social seriam elididas por um interesse privado a qual não poderia ser maior que o interesse público. O que se quer evitar é que a faculdade de agir se perpetue no tempo e que a negligência do titular da pretensão acarrete uma insegurança jurídica-social e instabilidade da paz social. Caso isso acontecesse, violado estaria o mais alto interesse público, que dentre suas finalidades, é a harmonia entre as partes.

Embora se saiba que nem toda matéria que é arguível de ofício pelo magistrado é de ordem pública, é indiscutível que a prescrição é de tamanha relevância para o direito ao ponto de tutelar a harmonia jurídica-social assim, por conseguinte, imperioso que se torne questão de ordem pública, pois, ela é uma instituição necessária para estabilidade do sistema jurídico. Suas funções precípuas é precaver litígios, evitar que estes se contemporem *ad perpetuam* e restaurar entre as partes litigiosas a harmonia que nunca deveria deixar de existir. Partindo do pressuposto de todas essas finalidades, não se pode deixar de reconhecer sua importância, tratando-a como norma de ordem pública.

¹³⁶LEAL, Antonio Luiz Câmara. *Da prescrição e da decadência*: Teoria geral do direito civil, nº 9, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense.1959. p. 24.

3. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS E EXTRAORDINÁRIAS NA APLICAÇÃO DAS NORMAS DE ORDEM PÚBLICA

Salienta-se que, de forma superficial, fora debatido no primeiro capítulo, a possibilidade de se aplicar à preclusão, às questões de ordem pública.

Contudo, muito embora já tenha sido feito essa análise, é importante demonstrar algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do entendimento do que é instância ordinária e extraordinária e a aplicação da questão de ordem pública.

Consoante o fato de que as matérias de ordem pública podem ser arguidas "em qualquer tempo e grau de jurisdição", tem-se, nesse sentido, o art. 193 do Código Civil, que aduz que "a prescrição pode ser arguida em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita", também, o art. 113, no qual diz que "a incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção", e, art. 267, § 3º, determinando que "o juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos incisos IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento".

Por todas as alegações acima, é importante asseverar que ainda não há um consenso na doutrina, tampouco na jurisprudência acerca da análise das questões de ordem pública "em qualquer tempo e grau de jurisdição".

Assim, adiante serão analisados os institutos da instância ordinária e o papel das instâncias superiores, principalmente a possibilidade de análise das mencionadas questões "em qualquer tempo e grau de jurisdição"

Primeiramente, no que pese ao sentido de instância ordinária, verifica-se que são aquelas instâncias que são decididas o mérito da lide, ou seja, são aquelas que os juízes têm maior capacidade de verificar e entender o objeto de discussão, tendo em vista que é, tão somente na instância inferior, que são realizadas as audiências de instrução e julgamento, análise do conjunto probatório, dos fatos constitutivos, impeditivos extintivos de direito, além de outras necessárias ao bom desfecho da lide. Assim, consoante ao fato da existência dos Tribunais de Justiça, sejam federais ou estaduais, é importante salientar que nesses, há a presença do duplo grau de jurisdição, cujo aspecto é de rever as decisões prolatadas em

âmbito do primeiro grau, devido ao fato de ser um órgão hierarquicamente superior. Aduz Oreste Nestor:

“No primeiro aspecto, positivo, pressupõe-se que, da sentença de primeiro grau, o sucumbente possa apresentar um recurso devolutivo e que a decisão de segundo grau seja substitutiva. Isto significa que o recurso deve ser cabível pelo do simples fato de o recorrente ter sucumbido, sendo esse o recurso dirigido a um outro juízo, normalmente de grau superior, e que a decisão de segundo grau substitui a de primeiro, passando a mesma a ter eficácia e eventual executoriedade.”¹³⁷

Contrapondo esse sentido, tem-se a competência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, como instâncias extraordinárias, cujo condão, em regra, é dar sentido e norte à interpretação de Leis Federais (infraconstitucionais) no caso do STJ, e interpretação da Constituição Federal no caso do STF. Muito se discute acerca das instâncias extraordinárias quando da revisão ou verificação de matérias de ordem publica.

O papel do STJ, o qual é ilustrado no recurso especial, é definir e dar sentido à Lei Federal, de modo que sua interpretação deve ser seguida pelos tribunais inferiores. Tem como missão garantir unidade ao direito no território nacional. Nesse sentido, corrobora-se que o interesse público é, em regra, maior do que o interesse privado, razão pela qual o Tribunal Superior não tem função de reavaliar a plenitude da justiça da decisão prolatada pelos tribunais ordinários, como se fosse um tribunal de exceção ou de 3º grau de jurisdição, o que é vedado pela Constituição. A amplitude de sua competência é tão somente analisar a interpretação de Lei Federal, devido ao fato de se tratar de interesse público maior, dando sentido a ela. Contudo, não se deve olvidar de que mesmo tendo essa função, o recurso especial, traz em sua essência um interesse privado, mesmo que de forma secundária, criando estímulo ao interesse público, na solução do conflito. Assevera Guilherme Marinoni:

“Trata-se de importante demonstração da real função da Corte Suprema, que não pode estar subordinada aos interesses dos privados, já que se presta a colaborar para o desenvolvimento do direito federal, fornecendo e adequando “critérios” para a solução de casos futuros, assegurando, dessa forma, a igualdade de todos perante o Direito.”¹³⁸

Portanto, o dever do Superior Tribunal de Justiça é garantir a uniformidade da interpretação das leis federais e garantir sua aplicação, assim como o papel do Supremo Tribunal Federal na interpretação da Constituição Federal. Assegura Marinoni que,

¹³⁷ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, v. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. Coleção Estudos de Direito de Processo, Enrico Tullio Liebman, p. 19.

¹³⁸ MARINONI, Luis Guilherme. *O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos Precedentes Obrigatórios no Projeto de CPC*, pesquisa realizada pelo Superior tribunal de Justiça, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 53 – Mar-Abr/2013 – Em evidência. p. 22.

“O Superior Tribunal de Justiça, convocado pela Constituição Federal para dar a última interpretação da lei, assim como garantir a sua uniformidade no território nacional, tem a função de atribuir sentido à lei, completando a tarefa do legislador e sempre prosseguindo e atualizando a sua, revelando-se, assim, um indiscutível colaborador da produção do Direito aderente às necessidades sociais. Esse papel, como é evidente, além de mais complexo e sofisticado, é também mais relevante e gerador de maior responsabilidade do que aquele que era exercido pela corte que se preocupava unicamente em corrigir a aplicação do direito federal pelos tribunais ordinários.”¹³⁹

Ao adentrar no mérito da possibilidade de análise das questões de ordem pública em qualquer tempo ou grau de jurisdição, importa destacar o pensamento de Rodrigo Mazzei,¹⁴⁰ no qual certifica que o tribunal judiciário tem o dever legal de analisar as questões de ordem pública, mesmo não havendo pedido expresso da parte, através do efeito devolutivo quando se apela de alguma decisão, não obstante, estaria também, nessa hipótese, a prescrição, após a reforma introduzida pela Lei nº 11.280/06. Todavia, tal possibilidade seria somente até o segundo grau de jurisdição.

Já para Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, mesmo não havendo interposição de recurso, e na matéria a qual deveria ser recorrível contiver questão de ordem pública, não haverá preclusão. Aduzem que:

“O limite fina para a apreciação das questões de ordem pública e de direitos indisponíveis é a preclusão máxima, denominada impropriamente de “coisa julgada formal” (nas instâncias ordinárias) ou, em se tratando do juiz de primeiro grau, a prolação da sentença de mérito.”¹⁴¹

Dessa forma, pode-se concluir que, para os referidos autores, as questões de ordem pública podem ser levantadas e analisadas pelo juízo *a quo*, até a sentença de mérito.

Nessa linha, Jose Frederico Marques aduz que, nas questões relativas ao art. 267, § 3º do Código Processo Civil, não fora retirado os efeitos da preclusão *pro iudicato*. Tal fato deveria ser colocado de frente com o art. 516 do supracitado Código, no qual aduz que “ficam submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas”. Conclui

¹³⁹MARINONI, Luis Guilherme. *O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos Precedentes Obrigatórios no Projeto de CPC*, pesquisa realizada pelo Superior tribunal de Justiça, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 53, Mar-Abr/2013 – Em evidência. p. 26.

¹⁴⁰MAZZEI, Rodrigo Reis. *Embargos de Declaração e a omissão indireta: matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado*. Rio de Janeiro: Forense, n. 399/157, Set/Out, 2008, p. 177-180.

¹⁴¹NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10 ed. São Paulo. RT. 2007. p. 708.

argumentando que as matérias que podem ser conhecidas de ofício persistirão até a sentença de mérito.¹⁴²

Por fim, esses autores entendem que as questões de ordem pública somente poderão ser analisadas até a sentença da decisão de mérito, ou seja, em âmbito da instância ordinária. Nesse sentido, tem-se o julgamento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, cuja passagem aduz: “[...] É certo que a prescrição pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que a relação processual esteja em andamento e a jurisdição seja ordinária.”¹⁴³

Todavia, segundo Heitor Mendonça, os doutrinadores e os tribunais, em vista de tais questões, são quase que unânimes em afirmar que ainda que tenham sido objeto de decisão de mérito, tais questões poderiam ser analisadas de ofício a qualquer momento do processo. Trata-se de questões que não podem sofrer preclusão simplesmente “por contar com matérias cognoscíveis de ofício, que são comumente entendidas como sendo de ordem pública e que, pela sua relevância, a lei faculta ao juiz voltar apreciá-las, mesmo se sobre elas já tenha se pronunciado anteriormente”.¹⁴⁴

Eliane Proscurcin Quintella argumenta que aos juízes é dado sempre a possibilidade de ver e rever, apreciar e reapreciar as matérias de ordem pública, independentemente de quantas vezes já tenham feito ou se fora interposto recurso para apreciação de tal questão. Para a referida autora, não há preclusão *pro judicato* sobre as questões de ordem pública, podendo sempre serem revistas pelo poder judiciário no curso do processo.¹⁴⁵

Por fim, assegura Fredie Didier Júnior¹⁴⁶ que a menção a “qualquer tempo e grau de jurisdição” alcança as instâncias superiores, uma vez que quando o recurso especial ou extraordinário tenha ultrapassado o juízo de admissibilidade, caberá a revisão das matérias de ordem pública mesmo que não tenha sido objeto do presente recurso, ou seja, mesmo que

¹⁴²MARQUES, Jose Frederico. *Manual de direito processual civil*: atualizado por Vilson Rodrigues Alves. v. II, 2 ed. São Paulo: Millennium. 2001. p.250 e 251.

¹⁴³BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ação Civil. AC: 1817020134058309/PE. Segunda Turma. Relator: Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, 06 de maio de 2014. Disponível em: www.trf5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25120108/ac-apelacao-civel-ac-1817020134058309-trf5. Acesso em: 05 ago. 2014.

¹⁴⁴SICA, Heitor Vitor Mendonça apud MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. Col. Direito e Processo, técnicas de direito processual – coord. BUENO, Cassio Scarpinella. Ed. Saraiva, 2013, p. 134.

¹⁴⁵QUINTELLA, Eliane Proscurcin. *Matérias de ordem pública no âmbito do Direito Processual Civil*. Tese (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

¹⁴⁶DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. V.I, 13 ed. Bahia: JusPODIVM. 2011, p. 577.

tenha sido por outro fundamento, que não seja acerca da questão de ordem publica.¹⁴⁷ O referido autor traz o entendimento com base no enunciado 456 da súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”, seguindo o sentido do artigo 257 do RISTJ¹⁴⁸ e artigo 324 do RISTF.¹⁴⁹

Ademais, assevera Barbosa Moreira:

“Note-se que o Supremo tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, em conhecendo do recurso, não se limita a censurar a decisão recorrida à luz da solução que dê à *quaestio iuris*, eventualmente cassando tal decisão e restituindo os autos ao órgão *a quo*, para novo julgamento. Fixada a tese jurídica a seu ver correta, o tribunal aplica-a à espécie, isto é, julga “a causa” (...).”¹⁵⁰

Assim, pode-se concluir que as questões de ordem pública podem ser revistas pelas instâncias ordinárias e extraordinárias, desde que a matéria que já tenha sido discutida pelo tribunal *a quo* não tenha sofrido a preclusão, pela não interposição de recurso, na possibilidade de interpor. Contudo, destaca-se que até antes da sentença de mérito poderá o juiz rever esta questão.

No entanto, se a matéria não fora analisada pelo tribunal de instância ordinária, conclui-se que é possível sua verificação nas instâncias superiores, em sede de recurso, quando preenchidos alguns requisitos que serão analisados posteriormente nos próximos tópicos.

3.1 Dos Recursos

Para dar continuidade ao trabalho, é importante estabelecer, nesse momento, o que é recurso. Assim, pode-se definir recurso como a possibilidade que as partes têm de poder

¹⁴⁷ Todavia, importante salientar que o Superior tribunal de Justiça e a Suprema Corte, atualmente, entendem de forma diferente quanto à análise da questão de ordem publica em sede de REsp e RE. Tal questão será analisada em tópicos posteriores.

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno. Art. 257. “No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso, se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.” Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/regimento>>. Acesso em: 10 set. 2014.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Art. 324. “No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma ou Plenário não conhecerá do mesmo, se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014-versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

¹⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 596.

cobrar do judiciário o reexame da prestação da tutela jurisdicional, ou seja, é a possibilidade de aplicação do duplo grau de jurisdição, no caso dos recursos ordinários, que gera o reexame das demandas, em regra, por um colegiado.

Numa visão mais definitiva, Nelson Nery aduz que:

“Recurso é o meio processual que a Lei coloca a disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação jurídica processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada.”¹⁵¹

Ademais, importante destacar que os recursos do sistema brasileiro podem ser classificados de diferentes maneiras. Assim, têm-se os recursos ordinários e os extraordinários.

Desse modo, imperioso anotar que os recursos ordinários são estabelecidos pela legislação comum, são aqueles previstos no Código Processo Civil, de modo que os extraordinários são estabelecidos pela Carta Magna. Nesse sentido, corrobora-se a doutrina de Oreste Nestor assegurando que, “os recursos extraordinários são aqueles regulados pela Constituição Federal, enquanto os ordinários são os estabelecidos pela legislação comum”.¹⁵²

Importante destacar que o recurso é uma garantia do duplo grau de jurisdição e que há exceções em alguns casos. Todavia, esse não será objeto de estudo na oportunidade.

É comum o fato de que na legislação ordinária, o Código Processo Civil e leis esparsas, trazem diversos recursos com o cunho de garantir o direito de reexame da demanda, a fim de se chegar o mais próximo da justiça, na aplicação do direito. Desse modo, destacam-se os recursos ordinários de apelação, agravo retido e de instrumento, embargos infringentes e de declaração, recursos inominados já no caso da Constituição Federal, destacam-se os recursos excepcionais, como o recurso especial e recurso extraordinário, que serão tratados adiante, sob à luz da possibilidade de poder rever de ofício, as questões de ordem pública quando interpostos.

3.2.1 Do Recurso Especial e Extraordinário

¹⁵¹NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 198-218.

¹⁵²LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*: Coleção Estudos de Direito de Processo, Enrico Tullio Liebman, v. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, pág. 160.

O Recurso Especial e Extraordinário estão previstos na Constituição Federal de 88, mais especificamente no art. 102, inciso III, no caso do Extraordinário, e art. 105, inciso III, no caso do Especial. Já os seus procedimentos estão no Código Processo Civil e Lei específica.¹⁵³

Num arcabouço geral, vislumbra-se na doutrina de Barbosa Moreira que, embora haja distinção no Código de Processo Civil entre recuso especial e o extraordinário, estes não possuem relevância teórica ou prática em sua distinção, tendo em vista que podem ser classificadas como recursos extraordinários consoantes escassas fundamentações de valor científico.¹⁵⁴

Segundo Teresa Alvim, os recursos ordinários têm como objetivo ajustar e ponderar as ofensas do direito subjetivo violado, conquanto, aos recursos extraordinários *lato sensu* têm como finalidade rever decisão que ofendeu o direito objetivo.¹⁵⁵

Assim, a base de fundamentação da classificação feita é em função do objeto tutelado. O sentido dos recursos Especial e Extraordinário é o viés jurídico que se pretende buscar. Assim, nesses recursos o que se tutela é o direito objetivo envolvido na demanda, a fim de que seja mantida a integralidade do sistema jurídico.

Nesse sentido, Kátia Mangone traz em sua doutrina a teoria de Teresa Alvim, na qual argumenta que, “cumprem duas funções os recursos chamados extraordinários: zelar pelo cumprimento da ordem jurídica e pela uniformidade da jurisprudência”¹⁵⁶

Importante destacar toda essa diferença e classificação entre os recursos, para poder entender que os recursos extraordinários não tendem viabilizar o reexame da causa ou de provas, mas, tão somente, a uniformização da interpretação que deve ser dada à Lei Federal e à Constituição Federal,¹⁵⁷

No entanto, para se fazer uso dos recursos extraordinários *lato sensu*, é imperioso que se atente a alguns requisitos necessários para sua interposição. Para Rodolfo de Camargo

¹⁵³BRASIL Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18038.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.

¹⁵⁴MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. O novo *Processo civil brasileiro*: Exposição sistemática do procedimento. 22 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005. p.116.

¹⁵⁵WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, 2 ed. São Paulo; RT: 2008. p. 245-247.

¹⁵⁶WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Questões de fato, conceito vago e sua controlabilidade através de recurso especial*. In Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: RT, 1998, p. 460 e 461.

¹⁵⁷O Recurso que tende a busca da unificação da interpretação da Lei Federal é o Recurso Especial, e no caso da Constituição Federal, é o Recurso Extraordinário.

Mancuso, as características comuns dos recursos especiais e extraordinários são: a) exigem o prévio esgotamento das instâncias ordinárias; b) não são vocacionados à correção da injustiça do julgado recorrido; c) não servem para a mera revisão da matéria de fato; d) apresentam sistema de admissibilidade desdobrado ou bipartido, com uma fase perante o Tribunal *a quo* (TJ, TRF) e outra perante o *ad quem* (STF, STJ); e) os fundamentos específicos de sua admissibilidade estão na CF e não no CPC; f) a execução que se faça na sua pendência é provisória.¹⁵⁸

Anota-se que o STF e STJ não são instâncias de exceção, terceiro ou quarto grau de jurisdição. Suas finalidades são diferentes dos tribunais *a quo*. Como já bem salientado anteriormente, o objetivo principal dos recursos especiais e extraordinários é o de garantir a uniformização da interpretação do direito objetivo, de modo que venha a ter efetividade em todo o território nacional brasileiro. Esses recursos possuem efeito devolutivo restritivo, ou seja, limitam-se a devolução de certas matérias para que não ocorra a análise dos fatos probatórios, tornando-se inteira atividade de segundo grau de jurisdição.

Na doutrina,¹⁵⁹ pode-se perceber claramente que os recursos extraordinários *lato sensu* são de fundamentação vinculada. Assim, Katia Aparecida aduz que, “é recurso de fundamentação vinculada aquele em que a lei só permite que seja baseado em determinados fundamentos sobre os quais dispõe expressamente”.¹⁶⁰ Assim, conclui-se que os recursos extraordinários e especiais têm fundamentação vinculada ao que a lei dispõe. Desse modo, as análises das matérias são vinculadas e limitadas.

3.2.3 Do Juízo de admissibilidade

Passado o momento dos ensinamentos doutrinários acerca dos recursos especiais e extraordinários, é de salientar que tais recursos gozam de alguns efeitos capazes de, por meio deles, transferir aos órgãos superiores a análise de algumas questões, que dizem respeito à interpretação da lei dada ao caso, não obstante as questões de ordem pública, que podem ser

¹⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10 ed. São Paulo: RT. 2007. p. 127 e seguintes.

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; apud ARENHART, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT; 2004. p. 600 e 601.

¹⁶⁰ MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial*. Col. Direito e Processo, técnicas de direito processual, coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 54.

conhecidas de ofício quando dos preenchimentos de alguns requisitos, tal como a admissibilidade do recurso, prequestionamentos e outros que se verão adiante.

Primeiramente, como bem salientado acima, para que os Tribunais Superiores, STJ e STF, possam analisar as questões recursais é preciso preencher os requisitos de admissibilidade recursal. Assim, tendo em vista ser um requisito bipartido, o juízo de admissibilidade tem como cunho especial analisar algumas questões cuja classificação está em dois grupos: intrínsecos (cabimento, interesse de agir, legitimidade para causa) e os extrínsecos (tempestividade, preparo, inexistência de fato impeditivo e extintivo e regularidade formal). Esses requisitos de admissibilidade estão previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil. Frisa-se que seu sistema é bipartido e é necessário o esgotamento das instâncias ordinárias para sua interposição. Para Teresa Alvim:

“O juiz de inadmissibilidade é um juízo definitivo, de certeza quanto à inviabilidade do provimento do recurso, muitas vezes por razões de mérito, já o juízo de admissibilidade envolve sempre um juízo de viabilidade – possibilidade, não em tese, mas diante do caso – de que àquele recurso se dê provimento.”¹⁶¹

Desse modo, percebe-se que preenchido os requisitos de admissibilidade, quais sejam: intrínsecos e extrínsecos, é que se vislumbra a possibilidade de levar às instâncias superiores, as análises das questões de direito, incluindo entre essas as questões de ordem pública. Assim, quando conhecido o recurso, automaticamente se aplica os efeitos recursais, no qual têm o condão de devolver e remeter às instâncias superiores algumas questões analisadas ou não, nas instâncias ordinárias.

3.2.3 Regularidade Formal: do Prequestionamento

Para concluir o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, destaca-se a referência à regularidade formal. Por exemplo, para que se conheça dos Recursos Especial e Extraordinário, é necessário o prequestionamento das questões que serão analisadas pelo Tribunal Superior. Assim, consoante o efeito devolutivo e, também, para alguns, o efeito translativo, alinhavados no sentido dos recursos extraordinários *lato sensu* serem limitados, corrobora-se no sentido de que estes devolvem ao tribunal a análise apenas das questões prequestionadas (*quaestiones iuris*).

¹⁶¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2 ed. São Paulo: RT. 2008. p. 249.

Desse modo, imperioso compreender o sentido do prequestionamento que conquanto seu significado representa suscitar, debater e discutir acerca da matéria em âmbito do juízo *a quo*.

Os art. 102, inciso III, e 105, inciso III, ambos da Constituição Federal, determinam que o STF e o STJ, julguem mediante seus respectivos recursos “causas decididas” em âmbito dos tribunais *a quo*. Transeunte a esse tema, tem-se algumas súmulas do STF, as quais aduzem que “é inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “o ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos de declaração, não podem ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”¹⁶²

Consoante se tem súmula do STJ no mesmo sentido que dispõe: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo” e “embargos de declaração manifestamente com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”¹⁶³

Importe observar que, ao longo da história, o prequestionamento sempre fora motivo de discussões. Antigamente, não se exigia prequestionar a matéria, porém, em razão do aumento dos recursos extraordinários *lato sensu*, provocou-se uma grande mudança no pensamento dos tribunais, os quais entenderam pela necessidade de se exigir o prequestionamento. Assim, a partir da constituição de 1988, algumas doutrinas como a de Alcides de Mendonça entendeu que:

“O prequestionamento, porém, continua, porque não é exigência descabida, mas serve para pôr freio as situações sem sentido processualmente, pois, se assim não for, a controvérsia não fica circunscrita à propositura da ação e à contestação, alargando-se, assim, em verdadeira surpresa para os adversários , tumultuando o

¹⁶²“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 282: 13 de dezembro de 1963. Anexo ao Regimento Interno. ed: Imprensa Nacional, 1964, p. 128. Disponível em: <www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0282.htm>. Acesso em: 20 set. 2014; e ainda “O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 13 de dezembro de 1996. Anexo ao Regimento Interno. ed.: Imprensa Nacional, 1964, p. 154. Disponível em: <www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0356.htm>.. Acesso em: 20 set. 2014.

¹⁶³ “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo;” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Disponível em: www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0211a0240.htm. Aceso em: 20 set. 2014; e ainda “Embargos de declaração manifestados com notório de pré-questionamento não tem caráter protelatório.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 98. 14 de abril de 1994. Disponível em: <www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0098.htm>. Acesso em: 20 set. 2014.

processo. O mesmo requisito serve para o recurso especial pelo objetivo similar ao recurso extraordinário.”¹⁶⁴

É errôneo imaginar que a expressão utilizada pela Constituição Federal nos art. 102 e 105, “causas decididas” são assemelhados a prequestionamento, porquanto, é claro perceber que este advém das causas decididas, ou seja, já discutidas e debatidas nas instâncias inferiores. Para Nelson Nery e Rosa Maria, é equivocado pensar que bastaria prequestionar a matéria para que houvesse o cabimento do RE ou Resp, não obstante a necessidade de se analisar as causas decididas, consoante a CF. Nesse sentido:

“A expressão prequestionamento é equivocada, porque pode dar a entender que bastaria ao recorrente “suscitar” (prequestionar) a matéria para o cabimento do REsp. A CF 105 III não fala em suscitar nem em prequestionar, mas em “causa decidida”, para que seja cabível o REsp. Portanto, para o sistema constitucional brasileiro, prequestionar significa provocar o tribunal inferior a pronunciar-se efetivamente sobre a questão legal, previamente à interposição do REsp.”¹⁶⁵

Para os referidos autores, prequestionar seria um meio de provocar o Tribunal *a quo* a decidir questão constitucional e federal. Assim, “prequestionar significa provocar o tribunal inferior a pronunciar-se sobre a questão constitucional previamente à interposição do RE.”¹⁶⁶

O requisito do prequestionamento é apenas uma complementação do requisito de admissibilidade do recurso, do qual deriva o cabimento. Assim, para fins do prequestionamento, basta que a matéria tenha sido apreciada pelo tribunal inferior, no qual, somente após, poderá ser objeto de recurso extraordinário ou especial.

Rodolfo Camargo entende que, “desde que o tema federal ou constitucional tenha sido agitado, discutido, tornando-se *res dúbia* ou *res controversa* (RTJ 109/371), cremos que ele estará prequestionado”.¹⁶⁷

Por conseguinte, insurge-se que prequestionar seria a necessidade do tema ter sido debatido e examinado pela decisão proferida, e não somente ser arguida pelas partes na petição. Importa observar que, embora não esteja previsto na Constituição, “a exigência do

¹⁶⁴LIMA, Alcides de Mendonça. apud MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e questões de ordem pública no percurso extraordinário e no recurso especial*. Col. Direito e Processo, técnicas de direito processual – coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 134.

¹⁶⁵NERY JÚNIOR, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT. 2006. p. 279 e 280.

¹⁶⁶NERY JÚNIOR, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código processo civil comentado e legislação extravagante*. 10 ed. São Paulo: RT. 2007. p. 924 e 925.

¹⁶⁷MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10 ed. São Paulo: RT. 2007, p. 314 e 315.

prequestionamento decorre da circunstância de que os recursos especiais e extraordinários são recursos de revisão. Revisa-se o que já decidiu”¹⁶⁸ Salienta que, os recursos especial e extraordinário apenas abrem a possibilidade de serem interpostos, quando a matéria fora decidida e impugnada ainda nos tribunais inferiores.

Em contrapartida ao que já fora alegado acima, Caio Scarpinella entende que prequestionamento deve ser visto de forma sinônima a “causa decidida”, “a palavra deve ser compreendida como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado, enfrentando, decidindo, pela decisão atacada”.¹⁶⁹

Anota-se que não é somente responsabilidade das partes prequestionar, pois, há casos em que o próprio tribunal revela-se capaz, tendo em vista que, caso se enfrente algumas questões de ordem pública, têm como poder-dever argui-las de ofício. Assim, estaria configurado o prequestionamento da questão, para fins de RE e REsp. Corrobora-se nesse sentido, Eduardo Alvim e Angélica Alvim, conquanto as questões de ordem pública, que assim argumentam: “independentemente de ter havido prévio debate das partes sobre a matéria de ordem pública, caberá recurso especial, porque o acórdão percutiu questão federal, adequando-se a hipótese concreta, à *fattispecie* do inciso III do art. 105 da Constituição”.¹⁷⁰

Afirma José Medina que, prequestionar é ato privativo da parte, mas que a Constituição não exige este ato, tão somente que seja a matéria decidida pelo tribunal *a quo*, sendo, portanto, dispensável o prequestionamento das questões para objetivar o RE e REsp. Todavia, argumenta que mesmo embora a Constituição não exija o prequestionamento, não significa que não há necessidade de cumprir este requisito para ensejar o recurso. Para o referido autor, prequestionar é:

“a atividade postulatória das partes, decorrente da manifestação do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude do qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada.”¹⁷¹

¹⁶⁸WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2 ed. São Paulo: RT. 2008. p. 353.

¹⁶⁹BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais, técnicas de controle das decisões jurisdicionais*, v.5, 2 ed. São Paulo: Saraiva 2010. p. 274 e 275.

¹⁷⁰ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. *Aspectos atinentes ao prequestionamento no Recurso Especial*. Rio de Janeiro: Forense, p. 397/3, Maio-Junho 2008. p. 5 e 6.

¹⁷¹MEDINA, Jose Miguel Garcia. *Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do Prequestionamento*, In NERY JÚNIOR, Nelson, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outros meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, v 8. São Paulo: RT. 2005. p. 281-287.

Por fim, preceitua-se o prequestionamento como a necessidade de provocar o tribunal inferior para o exame da matéria, devendo a causa ser decidida por este. O tema do objeto do RE e REsp tem que ter sido examinado pela decisão a ser atacada. Conclui-se que é indispensável e inafastável para o conhecimento dos recursos extraordinários *lato sensu*. Além disso, percebe-se que, mesmo não sendo o prequestionamento sinônimo de causa decidida, é de se entender que estes estão atrelados uma a outra.

3.2.4 Do Prequestionamento Explícito, Implícito e Ficto

Anota-se que muito se discute acerca dos graus ou classificações de prequestionamento. Comumente a este fator, tem-se a divisão feita nas modalidades de explícito, implícito e ficto.

Há entendimentos de que o explícito é em razão do número do artigo constitucional ou lei federal deve estar claramente expresso na decisão recorrida. Já no caso do implícito, sem mencionar de forma expressa o artigo, a matéria decidida faz parte da decisão, ainda nessa linha, há divergência de que essa hipótese se trataria como explícito. Por fim, tem-se o ficto, que seria a falta da matéria expressa, não obstante tenha sido arguida em sede de embargos. Salienta-se que não há um posicionamento uniforme acerca das interpretações aguçadas acima.

Importante relatar que antes da Constituição de 1988, grande parte da jurisprudência exigia que o prequestionamento fosse de forma “expressa, clara, indubitosa e inequívoca”. Diante dos pensamentos moderados, há diversas posições do STJ se posicionando pela não necessidade do prequestionamento explícito, ou seja, não há necessidade de ser demonstrada de forma expressa a matéria federal violada, basta que essa matéria tenha sido apreciada pelo tribunal inferior.

Consoante o entendimento do STF, é exigido o prequestionamento da matéria de forma expressa, ou seja, explícito.

Nelson Nery frisa que esta diferença não tem grande relevância para o cabimento do RE e REsp, “o problema não existe: haja ou não o prequestionamento, implícito ou explícito, pouco importa, o RE ou REsp só será admissível se a matéria tiver sido efetivamente “decidida”, vale dizer, se estiver contida “dentro” do acórdão que se pretende impugnar”. Conclui arguindo que é desnecessária na decisão a menção de forma expressa dos

artigos violados, bastando para tanto apenas que a questão violada tenha sido examinada pelo tribunal inferior.¹⁷²

Destaca-se a divergência do que para o STF seria prequestionamento ficto, para o STJ, seria entendido como “ritual” e “cerimonial”. Assim, ainda nessa linha de divergências, o STF tem salientado que quando opostos embargos de declaração, a questão arguida logo estará prequestionada. Contudo, o STJ entende que: “inadmissível o recurso especial quando à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”. Nesse diapasão, esclarece também que, para o STJ, o que seria prequestionamento implícito para o STF seria prequestionamento explícito. Percebe-se que o grande problema está na terminologia das palavras, e não na sua essência.¹⁷³

Dessa forma, assenta-se no sentido de que é mera relevância tais distinções, quiçá desnecessárias. O que de fato importa é que a questão recorrida tenha sido debatida, examinada e decidida pelo tribunal inferior. À luz desse sentido, Teresa Alvim leciona que o princípio da fungibilidade deve ser aplicado a respeito da interpretação do que seja prequestionamento.¹⁷⁴

Scarpillena argumenta que “prequestionamento explícito, implícito, ficto ou numérico são, apenas e tão somente, formas de apresentação – mera materialidade (...). O que importa, pois, é o que foi objeto de decisão e não a forma pela qual ela se apresenta”.¹⁷⁵

Portanto, para o desfecho do entendimento, conclui-se que prequestionamento é a maneira de forçar a instância inferior o exame da questão, de forma a ser decidida e debatida para fins de ser conhecida em sede de RE e REsp.

¹⁷²NERY JÚNIOR, Nelson. *Ainda sobre prequestionamento: Os embargos de declaração prequestionadores*, in DIDIER JUNIOR, Fredie. *Leituras complementares de Processo Civil*, 5 ed. Salvador: Orodin. 2007. p. 67.

¹⁷³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos no Recurso Especial. PROCESSO CIVIL. DIREITO À PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça fixaram critérios diferentes para a identificação do prequestionamento; para o primeiro, basta a oposição de embargos de declaração para caracterizar o prequestionamento em relação ao recurso extraordinário (Súmula nº 356); para o segundo, o prequestionamento só é reconhecido se o tribunal a quo tiver enfrentado a questão articulada no recurso especial (Súmula nº 211). Não obstante isso, se o tribunal local deixa de enfrentar a questão constitucional suscitada, a parte prejudicada tem direito à prestação jurisdiccional completa, e pode pedir a anulação do acórdão proferido nos embargos de declaração com base no art. 535, II, do Código de Processo Civil, nada importando que tivesse condições de interpor recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal; todos os órgãos do Poder Judiciário, e não apenas o Supremo Tribunal Federal, devem exaurir a jurisdição provocada pelas partes. *EREsp 505183/RS*. Corte Especial. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Patricia Helena Bonzanini e outros. Relator: Min. ARI PARGENDLER. 01 de agosto de 2006. Disponível em: <www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19563416/recurso-especial-resp-505183-rs-2003-0035513-6/certidao-de-julgamento-19563420>. Acesso em: 21 set. 2014.

¹⁷⁴WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT. 2005. p. 278.

¹⁷⁵BUENO, Cássio Scarpillena. *Quem tem medo do prequestionamento?* Revista Dialética de Direito Processual, n. 1/23, Abril 2003, p. 51.

3.2.5 Da Repercussão geral para os recursos extraordinários

Numa passagem rápida, para fins de atualidade e para fechamento dos requisitos de admissibilidade, importante analisar a questão da repercussão geral para os recursos excepcionais. Salienta-se que esse último requisito fora inserido com a emenda constitucional nº 45, mais conhecida como a “reforma do Judiciário”. Familiarizado com a necessidade de se implantar uma economia processual aos tribunais superiores, fora exigido, a partir de então, que fosse demonstrado a repercussão geral da matéria para que o tribunal se pronunciasse acerca dela. Há entendimento de que essa medida limita o acesso ao judiciário e, de forma contrária, há entendimento de que, diante do fato dos tribunais superiores não serem graus de jurisdição, se faz necessário delimitar a competência de cada órgão superior.

Frisa-se que apenas os recursos extraordinários detêm esse requisito, pois, o objetivo central dessa implantação foi de possibilitar ao STF, a seleção das questões a serem analisadas. Dessa forma, tornou-se um filtro para admissão deste recurso. Tal fundamento se encontra no art. 102, III e alíneas da CF/88¹⁷⁶

Argumenta de igual razão o STF:

“A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. O objetivo desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos.”¹⁷⁷

Sendo suas finalidades:

“a) Delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa. b) Uniformizar a interpretação constitucional sem exigir que o STF decida múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.”¹⁷⁸

¹⁷⁶BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010. Art. 102. § 3. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 set. 2014

¹⁷⁷Definição encontrada no portal do Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>. Acesso em 20 de ago. de 2014.

¹⁷⁸Definição encontrada no portal do Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Disponível em:

À luz de todo esse entendimento, o legislativo e o judiciário vêm tentando implantar, por meio de nova emenda constitucional, o requisito da repercussão geral ao recurso especial. Assim, veja-se que, em sessão feita pela Superior Tribunal de Justiça, o plenário aprovou, em março de 2012, o anteprojeto de Proposta de Emenda Constitucional (PEC), a qual fora editada e elaborada, por comissão em que teve como presidente o Ministro Teori Zavascki. A proposta teve como essência a discussão da necessidade de inserir a demonstração da relevância, ou seja, a repercussão geral da questão federal como requisito de admissibilidade do recurso especial. Esse instituto é semelhante ao implantado no recurso extraordinário, no qual já existe como requisito, para que Supremo Tribunal Federal venha analisar o caso (art. 102, § 3º, da CF/88).

A Proposta de Emenda Constitucional nº 209/2012 tem como condão propor alteração do artigo 105 da Constituição Federal de 88, com a inclusão do parágrafo primeiro.

Portanto, é evidente que o recurso especial ainda não necessita do preenchimento desse requisito para admissibilidade do recurso. Por outro lado, se faz necessário no âmbito do recurso extraordinário para que possa o STF analisar a questão impugnada.

Porquanto, feita a análise dos requisitos de admissibilidade dos recursos excepcionais, busca-se adiante, por meio da doutrina e jurisprudência, o estudo dos seus efeitos.

3.3 Dos efeitos recursais em sede de recurso extraordinário e recurso especial

Tendo em vista as peculiaridades dos recursos excepcionais, os quais possuem fundamentos vinculados ao que a lei dispõe, é imperioso delimitar seus efeitos para restringir a atuação jurisdicional do Tribunal.

Desse modo, ao passo da necessidade de se verificar os efeitos recursais em sede de RE e Resp, não obstante os efeitos suspensivos, expansivos, substitutivo, faz-se indispensável dar maior atenção aos efeitos devolutivos e translativos, uma vez que têm maior relevância para o trabalho específico.

Para compreender melhor a devolução de algumas matérias ao tribunal, quando interpostos os recursos extraordinários *lato sensu*, faz-se especial análise, nesse momento, do efeito devolutivo.

Verifica-se que o efeito devolutivo é a revelação do princípio da adstrição e dispositivo, devolvendo ao tribunal apenas o que foi objeto de pedido do recorrente – *tantum devolutum quantum appellatum*.

Importante anotar que todos os recursos têm efeito devolutivo. Para Luiz Wambier, “há devolutividade, ainda que seja para o mesmo órgão, como os embargos de declaração ou agravo, quando há o juízo de retratação.”¹⁷⁹

O princípio dispositivo impede que o tribunal reconheça matéria da qual não foi objeto de pedido da parte recorrente. Assim dispõe o art. 515 do CPC “a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”. Assim, o efeito devolutivo abre à parte a possibilidade do tribunal reexaminar a decisão proferida em seu desfavor.

Para Nelson Nery, o efeito devolutivo não tem correlação com as questões de ordem pública quando não suscitado pelas partes. Nesse caso, abre-se a oportunidade do magistrado reaver tais questões frente ao princípio *inquisitório*, tendo em vista a possibilidade de serem conhecidas de ofício, “mesmo porque, efeito devolutivo pressupõe ato comissivo de interposição do recurso”.¹⁸⁰

Nesse diapasão, Kátia Mangone aduz que, “a máxima *tantum devolutum quantum appellatum* compreende que, somente se devolve ao conhecimento do judiciário a matéria contra a qual se insurgiu o recorrente”.¹⁸¹ Desse modo, entende-se que o efeito devolutivo não devolve ao judiciário o reexame de toda matéria discutida no processo, e sim, apenas aquelas nos quais foram objeto de recurso. Pondera Flávio que:

“se pensássemos que o judiciário pudesse rever toda a matéria decidida com a simples interposição do recurso, seríamos forçados a aceitar que o trânsito em julgado, de toda a decisão, somente seria alcançado como julgamento do recurso respectivo.”¹⁸²

¹⁷⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier (coord.). *Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. I, 6 ed. São Paulo: RT. 2003. p. 573.

¹⁸⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: Teoria geral dos recursos*. 4 ed. São Paulo: RT. 1997. p. 315, 316, 362, 411-412.

¹⁸¹ MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial*. Col. Direito e Processo, técnicas de direito processual – coordenação Cassio Scarpinella Bueno. Rio de Janeiro: Saraiva. 2013, p. 67.

¹⁸² JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 262, 266, 267.

Ademais, importante esclarecer que os efeitos devolutivos nos recursos extraordinários *lato sensu*, têm um viés diferente, pois as matérias são limitadas.

Ao se aprofundar no estudo do efeito devolutivo, encontra-se, em algumas doutrinas, como a do José Carlos Barbosa, a classificação da dimensão horizontal e vertical dos efeitos devolutivos. Para o referido autor, a dimensão vertical compreende as questões que podem ser examinadas de ofício e as que foram arguidas pelas partes que ainda não foram objeto de decisão. Assenta que nos recursos especial e extraordinário discutem-se apenas *quaestiones iuris* (prequestionadas).¹⁸³

Salienta-se que os recursos extraordinários *lato sensu* não dão ensejo a novo reexame dos fatos da causa, consoante ao que se depreende da apelação. Dessa forma, entende-se que, pelo fato do efeito devolutivo ser limitado, somente poderão ser debatidas as questões já decididas pelo tribunal *a quo*, pois são limitadas pelas *quaestiones iuris*, ou seja, questões prequestionadas. Assim, sob o olhar da dimensão horizontal, pode-se entender que a devolutividade não é ampla, consoante o fato de que não tem como abordar todos os tópicos da sentença recorrida, devendo ser limitados apenas aos pontos prequestionados.¹⁸⁴

Consoante os ensinamentos de Teresa Alvim, quando se trata do recurso especial e extraordinário, o que se devolve ao tribunal *ad quem* são as questões impugnadas da decisão, podendo apenas ser impugnado o que se está dentro do acórdão, limitando-se às questões de ilegalidade e inconstitucionalidade. Segundo a autora “esses recursos não abrem o acesso a outra matéria, que não a decidida e impugnada, chegar à cognição do STF e do STJ”¹⁸⁵

3.3.1 Dos Efeitos translativos

Ao compasso dos efeitos translativos, consoante sentimento de semelhança aos efeitos devolutivos, percebe-se que, de forma alguma, nada se parecem em sua essência.

Em sentido contrário aos efeitos devolutivos, os efeitos translativos têm como escopo a manifestação do princípio inquisitório. Sabe-se que, em regra, no sistema recursal

¹⁸³MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. *Comentários ao código processo civil*. v. V, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 446, 585 e 600.

¹⁸⁴MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10 ed. São Paulo: RT. 2007, p. 174.

¹⁸⁵WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2 ed. São Paulo: RT. 2008, p. 346 – 350.

não se admite a *reformatio in pejus*, salvo, no caso das questões de ordem pública. Assevera nesse sentido Nelson Nery:

“Quando houver questão de ordem pública a ser analisada no juízo recursal, pode o tribunal resolvê-la contrariamente aos interesses do recorrente, ocorrendo, assim, *reformatio in pejus* permitida.”¹⁸⁶

Conquanto a sistemática dos efeitos translativos, o referido autor aduz que o sistema judicial brasileiro autoriza o julgamento dos recursos fora dos pedidos quando se depararem com questões de ordem pública, por serem argúveis de ofício e não se operar a preclusão. Por conseguinte, afirma que o efeito translativo consiste na remessa necessária ao tribunal, permitindo que se análise de forma ampla a causa. Contudo, entende o referido autor que nos recursos extraordinários *lato sensu*, não se pode invocar as questões de ordem pública para serem analisadas de ofício pela primeira vez.¹⁸⁷

Ainda na linha do referido autor, a remessa necessária “tem translatividade plena, submetendo ao tribunal toda a matéria levantada e discutida no juízo inferior, mesmo que a sentença não a haja apreciado por inteiro”. Continua aduzindo que não há no recurso extraordinário *lato sensu* o efeito translativo, tendo em vista que estes recursos são cabíveis das causas já decididas pelos tribunais *a quo*. Assim, se não houver manifestação das questões de ordem pública pelo tribunal, o acórdão apenas poderá ser impugnado por ação rescisória, por esbarrarem nas súmulas 282 e 356 do STF, os quais exigem o prequestionamento das questões.¹⁸⁸

Por outro lado, entende Marinoni que o efeito translativo refere-se às questões de ordem pública que devem ser conhecidas *ex officio*, ou seja, “o efeito translativo se opera ainda que sem expressa manifestação de vontade da recorrente.”¹⁸⁹

Desse modo, percebe-se esse efeito provoca a análise, pelo órgão julgador superior, de toda e qualquer matéria de ordem pública, apreciável de ofício¹⁹⁰. Assim, passa a haver a possibilidade de que um colegiado contemple apreciar questões que não foram objeto direto do recurso.

¹⁸⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: RT. 2003, p. 205.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 848-852.

¹⁸⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: Teoria geral dos recursos*. 4 ed. São Paulo: RT. 1997. p. 58-59 e 414-415.

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento* / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. – 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 518.

¹⁹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.116.

A essência do efeito translativo é esta, ou seja, permitir ao magistrado a possibilidade de analisar questões ainda não devolvidas ou suscitadas pelas partes, bem como a análise de questões não apreciadas pela sentença.¹⁹¹ Nessa linha, aduz Gisele Santos que “a carga do efeito translativo é a sua nítida feição inquisitiva, irradiando para o juízo o poder-dever de atuar com responsabilidade sempre revendo a pauta de ordem pública no processo”.¹⁹²

Assim, prevalece o argumento de que o efeito translativo é instituto de linhagem e natureza diferente do efeito devolutivo. Nesse sentido, segue o posicionamento de Nelson Nery:

“O poder dado pela lei ao juiz para, na instância recursal, examinar de ofício as questões de ordem pública não arguidas pelas partes não se insere no conceito de efeito devolutivo em sentido estrito, já que isso não se dá pela atuação do princípio inquisitório e não pela sua antítese, que é o princípio dispositivo, de que é corolário o efeito devolutivo dos recursos. Mesmo porque, efeito devolutivo pressupõe ato comissivo de interposição do recurso, não podendo ser caracterizado quando há omissão da parte ou interessado sobre determinada questão não referida nas razões ou contra-razões do recurso.”¹⁹³

Importante esclarecer que os efeitos translativos ainda são de certa forma discutidos pela doutrina e jurisprudência, mas de forma delineada, pois, existem três correntes de posições, não obstante, diferentes. A primeira defende que é impossível o efeito translativo devolver ao tribunal toda e qualquer questão, ainda que de ordem pública, sem, contudo, haver o prequestionamento de todas as questões a serem discutidas. A segunda já é mais flexível, corrobora-se com esta possibilidade, mesmo não havendo o prequestionamento, mas desde que seja conhecido o recurso. Já a terceira corrente, é de forma mais incondicionada, arguindo que o tribunal deva conhecer das questões de ordem pública mesmo quando não houve o prequestionamento e, tampouco, o conhecimento do recurso.

Nesse compasso, argumenta Roberto Pessoa ao analisar a divergência entre a jurisprudência e a doutrina:

“Ninguém contesta que as questões de ordem pública podem ser suscitadas a qualquer tempo (...). O problema surge, no entanto, quando se indaga sobre a aplicabilidade dessas regras nas instâncias extraordinárias sem o devido prequestionamento.(...) Para uma corrente mais ortodoxa da doutrina processual

¹⁹¹ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro* / Osmar Mendes Paixão Côrtes.- Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 32.

¹⁹² GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Recurso especial, extraordinário e embargos de divergência: efeito translativo ou correlação recursal?* Revista Dialética de Direito Processual, n. 22/58, Janeiro 2005, p. 60.

¹⁹³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 484.

essas regras incidem apenas nas instâncias ordinárias, pois a matéria deve ter sido decidida.¹⁹⁴

O referido autor argumenta sobre a divergência que existe na doutrina referente a possibilidade dos tribunais superiores conhecerem ou não, das questões de ordem pública nos recursos extraordinários *lato sensu* sem que tenha havido o prequestionamento, fazendo alusão a aplicação dos efeitos translativos.

Assim, passado o momento de análise acerca do reexame das matérias de ordem pública, nas instâncias ordinárias e extraordinárias, é de se concluir que por meio dos recursos especiais e extraordinários, que têm fundamentação de natureza vinculada e limitada, muito ainda se discute na jurisprudência e doutrina acerca da aplicação dos efeitos translativos aos recursos especial e extraordinário. Percebe-se, acerca de uma posição mais escorreita, que existem claras possibilidades de que as questões de ordem pública possam ser reexaminadas à luz dos efeitos translativos, quando do preenchimento de alguns requisitos. Enaltece que essa matéria será enfrentada no próximo tópico.

3.3.2 *Dos efeitos translativos no recurso especial e extraordinário: possibilidade de conhecimento de ofício das questões de ordem pública*

O tema central desse último tópico, como principal objetivo do trabalho, é a análise da possibilidade de se aplicar o efeito translativo com ou sem o prequestionamento da questão de ordem pública, para ensejar o RE e REsp.

Assim, consoante o analisado nos tópicos anteriores, e alinhavado na essência do efeito translativo, o qual remete ao tribunal o dever de analisar de forma ampla a causa, ou seja, dever de arguir de ofício as questões de ordem pública, será visto adiante e verificado, sob o ponto de vista doutrinário e dos Tribunais Superiores, STF e STJ, o atual entendimento acerca do caso. Importante a observação de que nos entendimentos doutrinários, como visto acima, há divergência quando à aplicação dos efeitos translativos nos recursos especial e extraordinário sem o devido prequestionamento.

De início, é importante ressaltar a competência do STJ e STF quanto no conhecimento de ofício das questões de ordem pública nos processos originários. Nesse caso,

¹⁹⁴PESSOA, Roberto Dorea. *Juízo de mérito e grau de cognição nos recursos de estrito direito*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006. p. 501.

não é questão excepcional, uma vez que atuam como instância ordinária. A grande discussão está em torno da possibilidade ou não do conhecimento *ex officio* de tais questões, quando advindas das instâncias ordinárias e não decidida por elas.

Em estudo feito por Kátia Mangone, pode-se perceber, no conjunto de sua obra doutrinária, a posição de cada Tribunal de forma detalhada.¹⁹⁵

Destarte, a posição da Suprema Corte assentou-se no sentido de que, mesmo sendo questão de ordem pública, é necessário o prequestionamento da matéria. Nesse liame, pode-se dizer que é unânime essa posição. Assim, decidiu a primeira turma que: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, ainda que a questão verse sobre matéria de ordem pública, é necessário o prequestionamento”. Tal entendimento pode ser encontrado em diversos julgamentos proferidos pela corte.¹⁹⁶

Todavia, em julgado avulso, proferiu o STF, na esfera criminal, mesmo não conhecendo do recurso extraordinário, a concessão de *Habeas corpus* de ofício, devido à prescrição da pretensão punitiva do Estado, questão de ordem pública.¹⁹⁷

No entanto, observa-se que é evidente a posição de que mesmo sendo matéria de ordem pública não se afastaria a necessidade do requisito de prequestionar. Todavia, conquanto aos sucedâneos interpretativos, percebe-se que toda essa construção jurisprudencial da corte fora assumindo forma desde 2003. Há julgados nos quais se entendeu que é exigível o prequestionamento “ainda que a matéria seja de ordem pública (...) incidência das súmulas

¹⁹⁵MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e questões de ordem publica no recurso extraordinário e no recurso especial*. Col. Direito e Processo, técnicas de direito processual – coordenação Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 156-181.

¹⁹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Processual civil. Ausência de prequestionamento. Incidência das súmulas 282 e 356 do supremo tribunal federal. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. A matéria constitucional contida no recurso extraordinário não foi objeto de debate e exame prévios no Tribunal a quo. Tampouco foi suscitada nos embargos de declaração opostos, o que não viabiliza o extraordinário por ausência do necessário prequestionamento. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, ainda que a questão verse sobre matéria de ordem pública, é necessário o prequestionamento. *AI: 733846 SP*. Primeira Turma. Agravante: Roberto Luiz Ribeiro Haddad. Agravado: Empresa Folha da Manhã S/A. Relator (a): Min. Cármen Lúcia, Brasília, 28 de abril de 2009. Disponível em: <www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4305746/agregno-agravo-de-instrumento-ai-733846-sp>. Acesso em: 23 set. 2014.

¹⁹⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Penal e processual penal. Recurso extraordinário. Pquestionamento. Prescrição. Habeas corpus. Não-cabimento. Matéria de ordem pública. Reconhecimento de ofício. 1. Não se conhece do recurso extraordinário que suscita a violação de dispositivos constitucionais não prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF. 2. A prescrição de direito penal é matéria de ordem pública e pode ser argüida e reconhecida a qualquer tempo, independentemente de prequestionamento. 3. Recurso extraordinário não-conhecido. Extinção da punibilidade declarada, no entanto, no habeas corpus, de ofício concedido, com base na prescrição da pretensão punitiva do Estado. *RE 505369/BA*. Primeira Turma. Recorrente: Mário de Melo Kértzsz. Recorrido: César de Araújo Mata Pires. Relator(a): Min. Menezes Direito. Brasília. 02 de setembro de 2008. Disponível em: <www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2915333/recurso-extraordinario-re-505369-ba>. Acesso em: 25 set. 2014.

282 e 356”, e outro julgado: “qualquer questão (...) inclusive de ordem pública, tem de ser prequestionada”.¹⁹⁸¹⁹⁹

Não obstante, a segunda turma do Supremo demonstrou seguir a mesma linha, no sentido de ser necessário o prequestionamento ainda que a questão seja de ordem pública. “O prequestionamento é requisito de admissibilidade recursal na via extraordinária, ainda que a questão suscitada seja de ordem pública”.²⁰⁰

Ainda nesse sentido, não é difícil encontrar diversos outros julgados que argumentam que no recurso extraordinário, qualquer que seja a questão, inclusive de ordem pública, necessita de prequestionamento. .

Portanto, denota-se que esse entendimento se tornou unânime e consolidado na suprema corte, tanto na primeira quanto na segunda turma. Assim, mesmo sendo questão de ordem pública, é necessário o prequestionamento da questão, pois se esbarra na súmula 282 e 356 do STF.

Por outro lado, ao se analisar o panorama do Superior Tribunal de Justiça, pode-se perceber a evidência da não uniformização a respeito do tema. Por um pequeno período, pouco mais de um ano, achou-se que o STJ teria consolidado o entendimento de forma

¹⁹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Descabimento. Falta de prequestionamento, exigível, segundo a jurisprudência da Corte, ainda que a matéria seja de ordem pública, cuja declaração deva se dar de ofício: incidência das Súmulas 282 e 356: precedentes. *RE 254921 AgR-ED/SP*. Primeira Turma. Recorrente: União Federal. Recorrido: Sherwin Wwilliams do Brasil Indústria e Comércio LTDA , Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, 30 de junho de 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 25 set. 2014.

¹⁹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. Em se tratando de recurso extraordinário que exige o prequestionamento como requisito constitucional, qualquer questão objeto dele, inclusive de ordem pública, tem de ser prequestionada (súmulas 282 e 356) . - Inexistência no caso de ofensa à Constituição por falta de prestação jurisdicional ou por falta de fundamentação dos acórdãos recorridos . - O recurso extraordinário não é cabível para reexame de prova (súmula 279), nem para o exame da valorização da prova, matéria esta que exige o exame prévio da legislação infraconstitucional, caracterizando-se, assim, sua alegação como de ofensa indireta ou reflexa à Carta Magna, o que não dá margem ao cabimento do recurso extraordinário. Agravo a que se nega provimento. *AI-AgR: 308273/PE*. Primeira Turma. Agravante: Distribuidora de Bebidas Potiguar LTDA. Agravado: Companhia Cervejaria Brahma. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília. 25 de fevereiro de 2003. Disponível em: < www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771587/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-308273-pe>. Acesso em: 26 set. 2014.

²⁰⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. 1. Apreciação do apelo extremo que envolve análise da legislação infraconstitucional (CDC, Decreto nº 87.497/82 e Portaria 1.886/94), em que se baseou o Tribunal a quo para decidir pela ilegalidade da cobrança de estágio curricular obrigatório por universidade particular. Precedente. 2. O prequestionamento é requisito de admissibilidade recursal na via extraordinária, ainda que a questão suscitada seja de ordem pública. 3. Agravo regimental improvido. *AI: 473456/MS*. Segunda Turma. Agravante: Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Recorrido: Christiane da Costa Leite Novaes. Relator: Min. Ellen Gracie, Brasília. 26 de maio de 2009. Disponível em: <www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4283605/agregno-agravo-de-instrumento-ai-473456-ms>. Acesso em: 25 de set. 2014.

igualitária ao STF.²⁰¹No entanto, pode-se observar que no EREsp 888.466/SC, o Ministro relator Teori Albino Zavascki, reconheceu a divergência, e, pelo que parece, existem fortes tendências de que o tema será objeto de nova discussão (acompanha-se).

Diante dos sucedâneos interpretativos, importante esclarecer que em 1994, o Tribunal tinha seu entendimento de que o prequestionamento seria pressuposto do recurso especial, salvo nas questões de ordem pública quando surgidas no acórdão.²⁰²

Em linhas progressivas, a primeira turma entendeu em 1997 que “ao tomar conhecimento do recurso especial, o STJ deve apreciar, de ofício, nulidades relacionadas com os pressupostos processuais e as condições da ação”.²⁰³Desse modo, vigorou por bastante tempo o entendimento de que sendo o recurso conhecido por outro motivo, o Tribunal teria o poder-dever de conhecer de ofício as questões de ordem pública que não foram discutidas e debatidas pela instância inferior.

Seguindo a linha de vários precedentes, em 2007, o Superior Tribunal de Justiça sustentou em julgado que “mesmo em se tratando de matéria de ordem pública (...), indispensável é o prequestionamento para o conhecimento do recurso em sede extraordinária”²⁰⁴

²⁰¹Importante ressaltar que em meados de 2012 até o momento atual de 2014, o Superior Tribunal tinha o posicionamento de que, mesmo sendo o objeto do recurso questão de ordem pública seria necessário o prequestionamento.

²⁰²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Julgamento em 2a. Instancia. Decisão "extra petita". Recurso especial. Prequestionamento. 1. E pressuposto do recurso especial o prequestionamento, dispensável, no entanto, quando a questão surja no acórdão, de ofício. 2. Ofensa ao princípio "tantum devolutum quantum appellatum", incorrendo o acórdão ainda em "reformatio in pejus. Arts. 460 e 515 do cpc. recurso especial conhecido e provido parcialmente. *REsp*: 45381/RS. Quarta Turma. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Euclides Thiesen e Cônjuge. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília. 10 de maio de 1994. Disponível em: < www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21017323/recurso-especial-resp-45381-rs-1994-0007356-9-stj>. Acesso em: 25 set. 2014.

²⁰³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.. Ação Rescisoria. Lei 7.689/88 - constitucionalidade - controversia jurisprudencial - sumula 343 do stf - não incidencia. I - ao tomar conhecimento do recurso especial, o stj deve apreciar, de oficio, nulidades relacionadas com os pressupostos processuais e as condições da ação. Não e razoavel que - mesmo enxergando vicio fundamental do acordão recorrido - o stj nele opere modificação cosmetica, perpetuando-se a nulidade. Ii - se a petição inicial, embora sintetica e desacompanhada de documento que a completaria, permitiu o seguro entendimento da pretensão que anima o pedido, não e licito considera-la inepta." (stj - 1a. Turma / resp 87.292/sp). Iii - se o acordão deixou de aplicar a lei 7.689/88, afirmando sua inconstitucionalidade, e possivel desconstitui-lo em ação rescisoria. Nada importa a circunstancia de ter sido controvertida pelos tribunais a compatibilidade entre a constituição e a lei: a restrição contida na sumula 343 do stf incide somente, quando o acordão enveredou pela interpretação do dispositivo legal. *REsp*: 109474/DF. Primeira Turma. Recorrente: Santa Clara Refeições Industriais LTDA e outro. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília. 09 de setembro de 1997. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=199600618666>. Acesso em: 20 set. 2014.

²⁰⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ARTS. 128 E 468 DO CPC.

Portanto, a primeira turma firmou-se no sentido de que, em se tratando de matéria de ordem pública, se faria necessário o prequestionamento da questão.²⁰⁵

Todavia, ainda em 2007, a segunda turma entendeu ser possível a análise das questões de ordem pública sem o prequestionamento da questão específica, desde que passado o juízo de admissibilidade e conhecido o recurso especial, ou seja, desde que tenha sido aberta, por outro motivo, a discussão. Percebe-se que a posição de 1997 volta a surgir aqui. Em diversos julgados esse posicionamento é encontrado.²⁰⁶

SÚMULAS NºS 282 E 356/STF. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. INCLUSÃO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. (...) III - De se registrar que, mesmo em se tratando de matéria de ordem pública, como no caso a referente a ser ultra petita o acórdão recorrido, indispensável é o prequestionamento para o conhecimento do recurso em sede extraordinária. Precedentes: REsp nº 893.906/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 23.03.2007 e REsp nº 734.904/CE, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 19/09/2005. IV(...) V - A análise de suposta violação a dispositivo constitucional é de competência exclusiva do Pretório Excelso, conforme prevê o artigo 102, inciso III, da Carta Magna, pela via do recurso extraordinário, sendo, pois, defeso a esta colenda Corte fazê-lo, ainda que para fins de prequestionamento. VI - Embargos de declaração rejeitados. Primeira Turma. *EDcl no AgRg no REsp: 962007/SP*. Agravante: STC Telecomunicações da Amazônia LTDA e outro. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília 13 de maio de 2008. Disponível em: <www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8682986/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-recurso-especial-edcl-no-agrg-no-resp-962007-sp-2007-0141271-0/inteiro-teor-13720458>. Acesso em: 22 set. 2014.

²⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração. Obscuridade e omissão. Não-ocorrência. (...) Falta de prequestionamento. Súmula 211/stj. Conexão e prevenção. Preclusão. (...) Conhece-se dos embargos de declaração para rejeitá-los, pois o acórdão foi claro ao afirmar que não ocorreu o prequestionamento das questões atinentes à sentença discriminatória 1500/76 e pertinentes ao fato novo (julgamento da AC 2001.01.00.034470-9). (...) em sede de embargos de declaração, não é fundamento válido, quer sob o prisma de sanar vício no julgado a fim de integrá-lo, quer sob o prisma da concessão de efeito infringente. (...) 4. No referente ao indeferimento do pedido feito na Corte de origem sobre a competência, prevenção e conexão de outra Turma para o julgamento desta remessa oficial, observa-se que esse pedido não foi indeferido nestes autos, mas sim nos autos da ação anulatória (AC 1999.42.00.000015-0/RR, atual REsp 851.865/RR) e não sofreu irrisignação por parte da autarquia federal, motivo pelo qual se operou a preclusão. 5. Embargos de declaração rejeitados. Primeira Turma. *EDcl no REsp: 851854/RR* Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma agrária – INCRA. Recorrido: Deniz Gazic e outros. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília. 04 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790153/recurso-especial-resp-851854/inteiro-teor-12800269>. Acesso em: 19 set. 2014

²⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Processo civil – ação civil pública: legitimidade do ministério público – nulidade absoluta não argüida – limites do recurso especial – tare (termo de adesão a regime especial) – matéria tributária – interesse individual – ilegitimidade do ministério público federal. 1. O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas. 2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas exofficio, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF). 3. Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 265, IV, a, do CPC, ensejando no seu julgamento o reconhecimento exofficio da ilegitimidade do Ministério Público. 4. Estando a matéria tributária vedada ao Ministério Público, além da impertinência subjetiva da lide, pela substituição processual inadequada do parquet, a ação civil pública para impugnar específicos Termos de Adesão a Regime Especial - TARE não se apresenta adequada, pois a índole coletiva dessa espécie de ação resta descaracterizada quando a pretensão refere-se a interesse individualizado. Precedentes. 5. Recurso especial conhecido e decretada a extinção. Segunda Turma. *REsp: 799780/DF*. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Companhia Brasil Central Comércio e Indústria – COMBRASIL. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília. 17 de maio de 2007. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8926225/recurso-especial-resp-799780-df-2005-0195326-7/relatorio-e-voto-14086300>>. Acesso em: 20 set. 2014.

A terceira e a quarta turma, ainda no mesmo ano mencionado acima, entendeu que o recurso especial tem natureza de fundamentação vinculada, não sendo possível, em sede de recurso especial, o conhecimento de questão de ofício e sem que esteja prequestionado, ou seja, “não se podem ser analisadas em recurso especial se ausente a exigência do prequestionamento”²⁰⁷

Em 2009, alinhavado no mesmo entendimento da segunda turma, em decisão dos embargos de declaração em REsp, a quinta turma decidiu no mesmo sentido:

“pode-se aplicar ao recurso especial, quando ultrapassado seu juízo de admissibilidade, o chamada efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública (...)”²⁰⁸

Por fim, a sexta turma, no mesmo ano, entendeu ser preciso o prequestionamento das questões de ordem pública para viabilizar o REsp, pois as questões deveriam estar maduras no sentido de ter sido decididas e examinadas pelas instâncias inferiores.²⁰⁹

²⁰⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. Matéria de ordem pública. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282/stf e 211/stj . Dissídio jurisprudencial. Não-realização do cotejo analítico. 1. Aplica-se o óbice previsto nas súmulas ns. 282 do stf e 211 do stj quando a questão suscitada no recurso especial não foi apreciada pela Corte a quo. 2. Mesmo as questões de ordem pública, passíveis de conhecimento de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinária, não podem ser analisadas em recurso especial se ausente o requisito do prequestionamento. 3. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico e a conseqüente ausência de demonstração de similitude fática e jurídica entre o acórdão recorrido e o paradigma. 4. Agravo regimental desprovido. Quarta Turma. *AgRg no REsp: 1021435/RO*. Agravante: Dulce Michels. Recorrido: Estado de Rondônia. Relator: Min. João Otávio de Noronha. 14 de abril de 2009. Disponível em: <www2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200800032819>. Acesso em: 22 set. 2014.

²⁰⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração no Recurso Especial. Direito administrativo. Processual civil. Embargos declaratórios no recurso especial. Violação ao art. 475, i, do cpc. Inovação recursal. Impossibilidade. Afronta ao art. 535, i, do cpc. Omissão, obscuridade ou contradição. Inexistência. Matéria de ordem pública. Conhecimento de ofício. Possibilidade. Súmula 457/stf e art. 257 do ristj. Prescrição do próprio fundo de direito. Não-ocorrência. Súmula 85/stj. Aplicação. Embargos acolhidos em parte sem efeitos infringentes. 1. Importa em indevida inovação recursal a pretensão de discutir, em sede de embargos declaratórios, matéria não-arguida nas razões do recurso especial. Precedente do STJ. 2. Não ocorre omissão no acórdão embargado quando este se pronuncia de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Hipótese em que a questão acerca da suposta afronta ao art. 535, I, do CPC foi apreciada de forma expressa no acórdão embargado. 3. Consoante a mais atualizada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pode-se aplicar ao recurso especial, quando ultrapassado seu juízo de admissibilidade, o chamado efeito translativo, consistente na possibilidade, atribuída ao órgão julgador, de conhecer de ofício as questões de ordem pública previstas nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC, nos termos da Súmula 456/STF e do art. 257 do RISTJ. (...). Quinta Turma. *EDcl no REsp: 984599/DF*. Recorrente: União. Recorrido: Ângela Hebe Mascheroni Werneck e outros. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília. 19 de fevereiro de 2009. Disponível em: <Www2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200702107190>. Acesso em: 20 set. 2014.

²⁰⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. (inadmissão). Alegação de prescrição (questão de ordem pública). Prequestionamento (necessidade). Empregado público (complementação de aposentadoria). Direito adquirido (inexistência). Vínculo empregatício (solução de continuidade). Precedentes (existência). Agravo regimental (desprovidimento). Sexta Turma. *AgRg no Ag 1106009/SP*. Agravante: Mario Fabiano da Silva Jorge. Agravado: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Nilson Naves,. Brasília. 23 de junho de

Nesse gotejo analítico e histórico, percebe-se a evidência da divergência entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça, de forma a não ter uma uniformização acerca do tema. Como já salientado acima, no final de 2012 até o presente momento, as turmas entenderam no sentido igual ao da Suprema Corte, de que, mesmo sendo questão de ordem pública, seria necessário seu prequestionamento, para que este tema fosse enfrentado por REsp. Porém, atualmente, volta-se a essa discussão.

É imperioso para o desfecho do trabalho, analisar sob o ponto de vista da doutrina o tema em apreço. Destaca-se que há 3 três entendimentos diferentes: 1) não é possível reconhecer a questão de ordem pública se não houver “causa decidida” na decisão que será recorrida; 2) não há necessidade de prequestionamento para conhecer as questões de ordem pública, pois podem ser argúveis a qualquer tempo e grau de jurisdição; 3) sendo o recurso conhecido por outro fundamento, mesmo que não prequestionadas, as questões de ordem pública podem ser conhecidas.

Como já levantado nos capítulos anteriores, há entendimentos de que as questões de ordem pública, somente poderiam ser alegadas “a qualquer tempo e grau de jurisdição”, enquanto nas instâncias ordinárias, não aplicando às instâncias especial e extraordinária.

Para Eduardo Arruda Alvim, é necessário o prequestionamento para que a questão possa ensejar REsp ou RE, alertando que esse posicionamento é tido pela jurisprudência e doutrina de forma que vem ganhando bastante espaço.²¹⁰

Assevera Cássio Scarpinella que os recursos excepcionais, tais como o recurso especial e extraordinário, têm como essência o prequestionamento. Afirma que a matéria constitucional e infraconstitucional deve estar examinada e decidida pelos tribunais *a quo*, não devendo em sede do STJ e STF se aplicar o princípio do *iura novit cúria*.²¹¹

Assim, conclui o referido autor:

Questões de ordem pública serão reexaminadas pelo Supremo Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso extraordinário ou recurso especial,

2009. Disponível em: <www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6028891/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1106009-sp-2008-0211552-5/inteiro-teor-12155850>. Acesso em: 24 set. 2014.

²¹⁰ARRUDA, Alvim, Eduardo. *Recurso Especial e recurso extraordinário*. In Nery Junior, Nelson e Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. v.V. São Paulo: RT 2002. p. 162-163.

²¹¹BUENO, Cássio Scarpinella. *Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re) interpretação pelos Tribunais Superiores*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: RT. 1997. p. 138.

respectivamente, se houver “causa decidida” que diga respeito a uma “questão constitucional” ou a uma “questão federal.”²¹²

Em outro sentido, assegura Eduardo Cambi e Paulo Nalin que, como o efeito devolutivo decorre do princípio dispositivo, as matérias de ordem pública, por alento ao efeito translativo, que é a manifestação do princípio inquisitório, podem ser analisadas pelos tribunais superiores em sede de recurso excepcional, desde que esse tenha sido conhecido e que tenha condições favoráveis para se analisar de ofício as questões de ordem pública.

Não se pode deixar de vislumbrar a existência de limitação na atividade cognitiva dos Tribunais Superiores, na medida em que é da natureza dos recursos especial e extraordinário o julgamento de *questões de direito*, sendo, por isto, que o STJ e o STF não constituem órgãos jurisdicionais de terceira ou quarta instâncias.²¹³

O referido autor se ampara na Súmula 456 do STF. Desse modo, em consonância com esse entendimento, conclui-se que podem ser conhecidas as questões de ordem pública mesmo sem o prequestionamento, desde que quando conhecido o recurso por outro fundamento e que este esteja apto para tanto, devido ao fato de que essas questões ultrapassam a esfera do requisito do prequestionamento por causar nulidade no processo.²¹⁴ No entanto, esse entendimento não é pacificado.

Nessa mesma linha segue entendimento de Fredie Didier:

Sucede que, se o recurso extraordinário /especial for interposto por outro motivo, e for conhecido (examinado/admitido), poderá o STF/STJ, ao julgá-lo, conhecer *exofficio* ou por provocação de todas as matérias que podem ser alegadas a qualquer tempo (aquelas previstas no § 3º do art. 267 e a prescrição ou decadência).²¹⁵

²¹²BUENO, Cássio Scarpinella.. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais, técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. v. V, 2 ed. São Paulo: Saraiva 2010. p. 330.

²¹³CAMBI, Eduardo; NALIN, Paulo. *Apud* MANGONE, Kátia Aparecida. *Pquestionamento e Questões de Ordem Publica no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. Col. Direito e Processo, técnicas de direito processual – coord. Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 188.

²¹⁴“matérias relacionadas com as nulidades absolutas, condições da ação e pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo, em certos casos, vão muito mais além do que o requisito do prequestionamento.” LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Repercussão geral (ausência). Pquestionamento (ausência)*. Ofensa Indireta à Constituição Federal. Má-fé e Ignorância. Danos decorrentes da demora do processo. São Paulo: Revista de Processo, RT, n. 157/345, Março 2008, p. 359.

²¹⁵DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. v. I., 13 ed. Bahia: JusPODIVM. 2011. p. 577.

Didier argumenta que a súmula 456²¹⁶ é predominante no Supremo Tribunal Federal e que não seria razoável o não conhecimento das matérias de ordem pública em sede de recurso excepcional, e ensina que:

Poderá o STF/STJ analisar matéria que não fora analisada na instância *a quo*, pois o prequestionamento diz respeito apenas ao juízo de admissibilidade. Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe recurso extraordinário/especial se for previamente prequestionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins de julgamento (efeito translativo), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive a prescrição, decadência.²¹⁷

Percebe-se que diante dessa possibilidade, da decisão de não conhecer as matérias de ordem pública mesmo quando ultrapassado o juízo de admissibilidade do RE e/ou REsp, feriria tão logo o princípio da economia processual, segurança jurídica dentre outros, colocando o papel dos tribunais em dúvida.

Sustenta Kleber Oliveira que não é lógico o tribunal não conhecer das questões de ordem pública proferindo decisão eivada de vício, pondo em risco a tutela jurisdicional, por ser tal decisão passível de ação rescisória.²¹⁸

Por fim, é de se notar que não há um consenso na doutrina acerca do tema, bem como a posição que prevalece atualmente nos tribunais é a de que as questões de ordem pública somente poderão ser conhecida em sede de REsp e RE quando do prequestionamento delas, ou seja, prevalece o entendimento de que há necessidade de “causa decidida”, examinada e debatida pela instância inferior. Porém, diante dessa posição, deve-se observar como bem já salientado acima, que quando se depender da análise das questões de ordem pública para se analisar o mérito, é racional e necessário o conhecimento delas, frente ao princípio da economia processual, por haver possibilidade futuras de serem passíveis de ação rescisória.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SÚMULA 456: O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do Recurso Extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie

²¹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. v. I, 13 ed. Bahia: JusPODIVM. 2011. p.578.

²¹⁸ “não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo, profira decisão eivada de vício susceptível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão judicial”. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT. 2002, p. 342.

CONCLUSÃO

À luz do objetivo central deste trabalho, cuja pesquisa fora de tentar demonstrar a possibilidade do reconhecimento de ofício das questões de ordem pública em sede de recursos excepcionais, ou seja, Recurso especial e Recurso Extraordinário, e não obstante a dúvida acerca da prescrição como cunho de ordem pública, a ideia principal foi de explanar primeiramente sobre o tratamento das questões de ordem pública no Código de Processo Civil Brasileiro atual, a fim de conceituá-las segundo posições doutrinárias. Importante anotar a divisão entre questões de ordem pública de caráter material e processual as quais têm cunhos diferentes na análise dos aspectos materiais.

Por conseguinte, faz mister enaltecer que, em regra, não há possibilidade de as questões de ordem pública sofrerem preclusão, tendo como essência o devido processo legal.

Ademais, consoante o objeto do trabalho, frente a divergências e obscuras interpretações, foi tratado em segundo plano o conceito de prescrição em alusão às questões de ordem pública, tendo em vista os sucedâneos conceitos interpretativos ao longo da sua história e diante da Lei nº 11.280/06, o qual passou a prescrição a ser vista com mais vigor legislativo, e que passou, o magistrado, a ter o poder-dever de argui-las de ofício em qualquer tempo ou grau de jurisdição. Assim, pode-se concluir que foi dado a ela um maior valor político social. Os fundamentos do tratamento da prescrição como norma de ordem pública são os mais plausíveis possíveis, pois visam assegurar a paz social, por assim entender que a harmonia na ordem pública deve prevalecer. Portanto, é de ser notar a importância delas em nosso ordenamento jurídico. Sem o devido instituto, a segurança e paz social seriam eliminadas por um interesse privado a qual não deve prevalecer sobre o interesse público. O que se pretende evitar é que a faculdade de agir se perpetue no tempo e que a negligência do titular da pretensão ocasionasse a instabilidade e insegurança jurídica-social. Desse modo, a prescrição se coaduna como norma de ordem pública, tendo em vista o seu maior interesse, a paz e a ordem social. Frisa-se que é questão que prejudica a análise do mérito, e que, caso não reconhecida de ofício pelo juiz, padece de vício as futuras decisões podendo torná-las nulas. Tal prática violaria diversos princípios processuais, tais como a economia processual por causar maior morosidade ao judiciário.

Conquanto ao fato da possibilidade de argui-las de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, é importante repensar o assunto, pois se entende ser possível somente até o segundo grau de jurisdição, ou seja, somente até o tribunal hierarquicamente superior ao do

juiz prolator da sentença. Porquanto, a doutrina e jurisprudência são unânimes quanto ao fato de que o STJ e STF não são esferas de grau jurisdicional.

Todavia, essa questão merece outra análise. O fato de serem os responsáveis pela uniformização da lei infraconstitucional e constitucional, respectivamente, não quer dizer que não fazem parte de um grau jurisdicional, é de se notar que para interposição de REsp e RE é necessário o esgotamento das esferas inferiores, o que *de per si* dão continuidade ao julgamento da matéria. Porquanto, destaca-se que esses tribunais têm competências diferentes na análise das matérias, pois não seria possível rever matérias probatórias, e sim, tão somente dar interpretação e uniformização das leis. Portanto, com isso se pode perceber que é esse o objetivo primário, passando o alcance da interpretação atingir somente em segundo plano o interesse do recorrente do caso específico. Talvez, também por esse motivo, poderia ser analisadas e reconhecidas de ofício as questões de ordem pública nas instâncias superiores, STJ e STF. De todo modo, essa questão não é vista de tal maneira pela doutrina e jurisprudência, por esse motivo, quiçá poderia ser fruto de trabalho de conclusão de mestrado ou doutorado.

Por fim, enaltece o entendimento de que seria possível a análise das questões de ordem pública nas instâncias superiores desde que prequestionadas. É de se esclarecer que o STF é unânime quanto ao fato de que as questões de ordem pública somente seriam analisadas em sede de Recurso Extraordinário se houver tido o prequestionamento da matéria. Outrora, no STJ essa questão ainda não é unânime, posto ao que já fora explanado no último capítulo, havendo três posições a respeito. Entretanto, o que está prevalecendo na atualidade é o mesmo sentido do STF, ou seja, necessita de que tais questões já tenham sido analisadas e debatidas nas instâncias inferiores, devendo haver seu prequestionamento para ser cumprir com os requisitos de admissibilidade do REsp. Ademais, é importante destacar que essa posição está novamente sendo debatida em sede de recurso especial e que, até o momento, ainda não houve nova decisão, e tão apenas o conhecimento da divergência acerca da matéria, no qual devolveu o recurso à quinta turma do tribunal para se analisar a questão.²¹⁹

Assim, frente ao melhor entendimento, é relevante que o tribunal “deve aplicar o direito a espécie” e à luz do efeito translativo, deve o tribunal conhecer as matérias de ordem

²¹⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EResp 888466 (2011/0088473-2 de 19/09/2014), Relatoria Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Disponível em: <www2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100884732&dt_publicacao=19/09/2014>. Acesso em: 20 de set. de 2014.

pública independentemente do prequestionamento, diante do princípio do devido processo legal (preenchimento dos requisitos extrínsecos e intrínsecos para se analisar o mérito da lide) e da economia processual. Pois, há de convir que os atos eivados de vícios são nulos de pleno direito e que, por tais razões, podem ser atacadas por ação rescisória, o que levaria maior desgaste e morosidade ao judiciário. Tal prática vai de encontro com a essência da prestação jurisdicional, qual seja de resolver a lide da melhor forma possível pondo fim a ela.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*, ed. JusPODIVM, 2013.

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. *Aspectos atinentes ao prequestionamento no Recurso Especial*. Rio de Janeiro: Forense, p. 397/3, Maio-Junho 2008..

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as Ações Imprescritíveis*, em revistas dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais. dez.2009, n. 98.

_____. *Prescrição e decadência: estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*. Bahia: JusPODIVM, 2013

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2011

ARRUDA, Alvim, Eduardo. *Recurso Especial e recurso extraordinário*. In Nery Junior, Nelson e Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. v.V. São Paulo: RT 2002.

_____. *Manual de direito processual civil*, 16 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

ASSIS, Araken de. *Condições de admissibilidade dos recursos cíveis*. In: Nery Júnior, Nelson; Alvim, Teresa Arruda (coord.). Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Prescrição e decadência, estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*, ed. JusPODIVM, 2013,.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coordenadores), "*Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*". São Paulo: RT, 2002.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2 ed. São Paulo: Malheiros..

BRASIL Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18038.htm>. Acesso em: 18 set. 2014.

BRASIL, Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 20 mar 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial. *AgRg nos EDcl no REsp: 90741/PR*. Primeira Turma. Recorrente: GPM Empreendimentos Imobiliários S/A e outro. Recorrido: Município de Colombo. Relator: Min.

LUIZ FUX. Brasília. 10, de março de 2009. Disponível em: <www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4029184/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-resp-907417-pr-2006-0266312-6>. Acesso em: 20 de mai. de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 594.112/PR*. Quarta Turma. Recorrente: Idário Gasparin e Cônjuge. Recorrido: Thereza Stival Gasparin. Relator Min. Massami Uyeda. Brasília, 03, de março de 2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7076505/recurso-especial-resp-594112-pr-2003-0178158-9/inteiro-teor-12822306>>. Acesso em: 10 mai. 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 765.970/RS*. Segunda Turma. Recorrente: Empresa Pública de Transporte e Circulação S/A EPTC. Recorrido: João Otávio Silveira de Abreu. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília. 17 de setembro de 2009. Disponível em: <www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6029800/recurso-especial-resp-765970-rs-2005-0113728-8/inteiro-teor-12157267>. Acesso em: 21 de mai. de 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento no Agravo Regimental. *AI-AgR 633188/MG*. Primeira Turma. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Agravado: Isabella Silva Oliveira e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília. 02, de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/755795/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-633188-mg>>. Acesso em: 20 de mai. de 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.726/04, remetido ao Congresso por meio da Mensagem nº 867.04. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/ordemdodia/integras/350708.htm>>. Acesso em 25 jul. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010. art. 5º LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 set. 2014

BRASIL. Lei no 5.869, DE 11 de Janeiro de 1973. Código Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 10 mai. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.. Ação Rescisoria. *REsp: 109474/DF*. Primeira Turma. Recorrente: Santa Clara Refeições Industriais LTDA e outro. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. Brasília. 09 de setembro de 1997. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=199600618666>. Acesso em: 20 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração no Recurso Especial. Quinta Turma. *EDcl no REsp: 984599/DF*. Recorrente: União. Recorrido: Ângela Hebe Mascheroni Werneck e outros. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Brasília. 19 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200702107190>. Acesso em: 20 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos no Recurso Especial. *EResp 505183/RS*. Corte Especial. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Patricia Helena Bonzanini e outros. Relator: Min. Ari Pargendler. 01 de agosto de 2006. Disponível em: www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19563416/recurso-especial-resp-505183-rs-2003-0035513-6/certidao-de-julgamento-19563420>. Acesso em: 21 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EResp 888466* (2011/0088473-2 de 19/09/2014), Relatoria Ministro Teori Albino Zavascki. Disponível em: www.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100884732&dt_publicacao=19/09/2014>. Acesso em: 20 de set. de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Segunda Turma. *REsp: 799780/DF*. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrido: Companhia Brasil Central Comércio e Indústria – COMBRASIL. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília. 17 de maio de 2007. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8926225/recurso-especial-resp-799780-df-2005-0195326-7/relatorio-e-voto-14086300>>. Acesso em: 20 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de declaração NO Recurso Especial. Primeira Turma. *EDcl no REsp: 851854/RR* Recorrente: Instituto Nacional de Colonização e Reforma agrária – INCRA. Recorrido: Deniz Gazic e outros. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília. 04 de dezembro de 2008. Disponível em: www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/790153/recurso-especial-resp-851854-inteiro-teor-12800269>. Acesso em: 19 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial. Primeira Turma. *EDcl no AgRg no REsp: 962007/SP*. Agravante: STC Telecomunicações da Amazônia LTDA e outro. Agravado: Fazenda Nacional. Relator: Min. Francisco Falcão. Brasília 13 de maio de 2008. Disponível em: www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8682986/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-recurso-especial-edcl-no-agrg-no-resp-962007-sp-2007-0141271-0/inteiro-teor-13720458>. Acesso em: 22 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. Quarta Turma. *AgRg no REsp: 1021435/RO*. Agravante: Dulce Michels. Recorrido: Estado de Rondônia. Relator: Min. João Otávio de Noronha. 14 de abril de 2009. Disponível em: [www2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200800032819](https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200800032819)>. Acesso em: 22 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial *REsp: 45381/RS*. Quarta Turma. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Euclides Thiesen e Cônjuge. Relator: Min. Barros Monteiro. Brasília. 10 de maio de 1994. Disponível em: <

www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21017323/recurso-especial-resp-45381-rs-1994-0007356-9-stj>. Acesso em: 25 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1036756/RJ*. Segunda Turma. Recorrente: Município de Teresópolis. Recorrido: Celpa Empreendimentos Imobiliarios LTDA. Relator: Min. Humberto Martins. 02 de abril de 2008. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200800479203&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/regimento>>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 211. Disponível em: www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0211a0240.htm. Acesso em: 20 set. 2014; e ainda “Embargos de declaração manifestados com notório de pré-questionamento não tem caráter protelatório.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 98. 14 de abril de 1994. Disponível em: <www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0098.htm>. Acesso em: 20 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento *AI: 473456/MS*. Segunda Turma. Agravante: Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Recorrido: Christiane da Costa Leite Novaes. Relator: Min. Ellen Gracie, Brasília. 26 de maio de 2009. Disponível em: <www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4283605/agregno-agravo-de-instrumento-ai-473456-ms>. Acesso em: 25 de set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. *AI: 733846 SP*. Primeira Turma. Agravante: Roberto Luiz Ribeiro Haddad. Agravado: Empresa Folha da Manhã S/A. Relator (a): Min. Cármen Lúcia, Brasília, 28 de abril de 2009. Disponível em: <www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4305746/agregno-agravo-de-instrumento-ai-733846-sp>. Acesso em: 23 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental. *AI-AgR: 308273/PE*. Primeira Turma. Agravante: Distribuidora de Bebidas Potiguar LTDA. Agravado: Companhia Cervejaria Brahma. Relator: Min. Moreira Alves. Brasília. 25 de fevereiro de 2003. Disponível em: <www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/771587/agregno-agravo-de-instrumento-ai-agr-308273-pe>. Acesso em: 26 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 254921 AgR-ED/SP*. Primeira Turma. Recorrente: União Federal. Recorrido: Sherwin Wwilliams do Brasil Indústria e Comércio LTDA, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, 30 de junho de 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Acesso em: 25 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE 505369/BA*. Primeira Turma. Recorrente: Mário de Melo Kértész. Recorrido: César de Araújo Mata Pires. Relator(a): Min. Menezes Direito. Brasília. 02 de setembro de 2008. Disponível em: <www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2915333/recurso-extraordinario-re-505369-ba>. Acesso em: 25 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Junho_2014_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=451>. Acesso em 20 de ago. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=apresentacao>. Acesso em 20 de ago. de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 282: 13 de dezembro de 1963. Anexo ao Regimento Interno. ed: Imprensa Nacional, 1964, p. 128. Disponível em: <www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0282.htm>. Acesso em: 20 set. 2014; e ainda “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 13 de dezembro de 1996. Anexo ao Regimento Interno. ed.: Imprensa Nacional, 1964, p. 154. Disponível em: <www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0356.htm>.. Acesso em: 20 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 456: O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do Recurso Extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ação Civil. AC: 1817020134058309/PE. Segunda Turma. Relator: Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, 06 de maio de 2014. Disponível em: [www.trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25120108/ac-apelacao-civel-ac-1817020134058309-trf5](http://www.trf5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25120108/ac-apelacao-civel-ac-1817020134058309-trf5). Acesso em: 05 ago. 2014.

BUENO, Cássio Scarpillena. *Quem tem medo do prequestionamento?* Revista Dialética de Direito Processual, n. 1/23, Abril 2003.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais, técnicas de controle das decisões jurisdicionais*, v.5, 2 ed. São Paulo: Saraiva 2010.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Súmulas 288, 282 e 356 do STF: uma visão crítica de sua (re) interpretação pelos Tribunais Superiores*, in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: RT. 1997.

CABRAL, Antônio do Passo. *Nulidades no processo moderno: Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010

CAPELOTTI, João Cláudio. *Prescrição e decadência: Estudos em homenagem a Agnelo Amorim Filho*, 5 série. Bahia: JusPODIVM, 2013.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros. 1997.

Centro de Estudos da Justiça Federal. Jornadas acerca do novo Código. Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/documentos-de-apoio/centro-de-estudos-judiciarios>. Acesso em: 02 jun 2014.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recurso extraordinário: origem e desenvolvimento no direito brasileiro* / Osmar Mendes Paixão Côrtes.- Rio de Janeiro: Forense. 2005.

CUNHA Gonçalves, *Tratado de direito civil*, vol. 3/633, São Paulo: Max Limonad,

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. V.I, 13 ed. Bahia: JusPODIVM. 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, 6 ed. V. III. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. I, 4 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986..

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Recurso especial, extraordinário e embargos de divergência: efeito translativo ou correlação recursal?* Revista Dialética de Direito Processual, n. 22/58, Janeiro 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro 1: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre : Fabris. 1985..

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, v. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. Coleção Estudos de Direito de Processo, Enrico Tullio Liebman,

LEAL, Antonio Luiz Câmara, *Da prescrição e da decadência: Teoria geral do direito civil*, nº 9, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense.1959.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Recurso especial: ordem pública e prequestionamento*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon\(2\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon(2)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 25 de mai. de 2014.

_____. *Repercussão geral (ausência). Prequestionamento (ausência). Ofensa Indireta à Constituição Federal. Má-fé e Ignorância. Danos decorrentes da demora do processo.* São Paulo: Revista de Processo, RT, n. 157/345, Março 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. *Prescrição e decadência*, estudos em homenagem a Agnello Amorim Filho, ed. JusPODIVM, 2013,

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10 ed. São Paulo: RT. 2007.

MANGONE, Kátia Aparecida. *Prequestionamento e Questões de Ordem Pública no Recurso Extraordinário e no Recurso Especial*. Col. Direito e Processo, técnicas de direito processual – coord. BUENO, Cassio Scarpinella. Ed. Saraiva, 2013.

MARINONI, Luis Guilherme. *O STJ no Estado Constitucional: fundamentos dos Precedentes Obrigatórios no Projeto de CPC*, pesquisa realizada pelo Superior tribunal de Justiça, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 53 – Mar-Abr/2013 – Em evidência.

_____. *Processo de conhecimento* / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. – 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sergio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 3. ed. São Paulo: RT; 2004.

MARQUES, Jose Frederico. *Manual de direito processual civil: atualizado por Vilson Rodrigues Alves*. v. II, 2 ed. São Paulo: Millennium. 2001.

MAZZEI, Rodrigo Reis. *Embargos de Declaração e a omissão indireta: matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado*. Rio de Janeiro: Forense, n. 399/157, Set/Out, 2008.

MEDINA, Jose Miguel Garcia. *Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do Prequestionamento*, In NERY JÚNIOR, Nelson, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outros meios de Impugnação às Decisões Judiciais, v 8. São Paulo: RT. 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *O novo processo civil brasileiro: Exposição sistemática do procedimento*. 22 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2005.

_____. *Sobre os pressupostos processuais*. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva. 1989.

NERY JÚNIOR, Nelson, e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT. 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Ainda sobre prequestionamento: Os embargos de declaração prequestionadores*, in DIDIER JUNIOR, Fredie. *Leituras complementares de Processo Civil*, 5 ed. Salvador: Orodin. 2007.

_____. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 261.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: Teoria geral dos recursos*. 4 ed. São Paulo: RT. 1997.

_____. *Princípios fundamentais: Teoria geral dos recursos*. 4 ed. São Paulo: RT. 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6 ed. São Paulo: RT, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código processo civil comentado e legislação extravagante*. 10 ed. São Paulo: RT. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Sexta Turma. *AgRg no Ag 1106009/SP*. Agravante: Mario Fabiano da Silva Jorge. Agravado: Fazenda do Estado de São Paulo. Relator: Min. Nilson Naves,. Brasília. 23 de junho de 2009. Disponível em: <www.stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6028891/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1106009-sp-2008-0211552-5/inteiro-teor-12155850>. Acesso em: 24 set. 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz: preclusão pro iudicato e preclusão judicial no Processo Civil*. São Paulo: Método. 2004.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT. 2002, p. 342.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 3. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

PESSOA, Roberto Dorea. *Juízo de mérito e grau de cognição nos recursos de estrito direito*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2006.

QUINTELLA, Eliane Proscurcin. *Matérias de ordem pública no âmbito do Direito Processual Civil*. Tese (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no Processo Civil: Temas de Direito Processual Civil*. 1 ed. Porto Alegre: Livraria Do Advogado. 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais, técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. v. V, 2 ed. São Paulo: Saraiva 2010.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo e sua declaração judicial: alguns aspectos recursais*. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.) Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues Wambier (coord.). *Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. I, 6 ed. São Paulo: RT. 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: RT. 2005.

_____. *Questões de fato, conceito vago e sua controlabilidade através de recurso especial*. In Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. São Paulo: RT, 1998.

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*, 2 ed. São Paulo; RT: 2008.

Wikipédia. *Procedere*. Disponível em: <www.pt.wikipedia.org/wiki/Processo>. Acesso em: 23 mai. de 2014.

ZENUN, Augusto. *Prescrição na constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.